Die fristlose Entlassung im geltenden Recht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Eduard Preißler

aus Nürnberg

Referendar am Amtsgericht zu Nürnberg.

Approbiert am 17. Dezember 1929.

30.103

Die fristlose Entlassung im geltenden Recht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Eduard Preißler

aus Nürnberg

Referendar am Amtsgericht zu Nürnberg.

Approbiert am 17. Dezember 1929.

Buch- und Verlagsdruckerei Ig. Forstner, Oberviechtach (Obpf.)

1930.

Referent: Univ.-Professor Dr. Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

A) Beendigung des Arbeitsvertrages.

§ 1. Die verschiedenen Auflösungsmöglichkeiten des Arbeitsvertrages. 1

B) Die fristlose Entlassung.

§ 2. Begriff und Wesen des wichtigen Grundes. 3

§ 3. Maßstab für die Beurteilung der Wichtigkeit eines Entlassungsgrundes. 13

§ 4. Zwingende Natur der Bestimmungen über fristlose Entlassung und Grenzen der Vertragsfreiheit. 17

§ 5. Ausspruch der fristlosen Entlassung. 25

§ 6. Begründung und Rechtfertigung der fristlosen Entlassung. 33

§ 7. Zeitpunkt der Geltendmachung der Entlassung. 37

§ 8. Verzicht und Verzeihung im Bereiche der fristlosen Entlassung. 40

§ 9. Rechtsfolgen der fristlosen Entlassung. 43

§ 10. Die Rechtslage bei ungerechtfertigter Entlassung. 52

§ 11. Schadenersatzansprüche im Bereich der fristlosen Entlassung. 64

§ 12. Objektive Gründe zur fristlosen Entlassung. 67

§ 13. Wichtige Gründe in der Person des Arbeitnehmers und die gesetzlich normierten Gründe. 72

C) Entlassung im Arbeitssonderrecht.

§ 14. Fristlose Entlassung im Recht der Betriebsvertretungen und Schwerbeschädigten. 103

Literatur-Uebersicht.

Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reiches, Bln. 1926.

Arbeitsrechtliche Entscheidungen des Gewerbe- und Kaufmannsgerichtes Berlin. 1. und 2. Band. 1925/27 (zit. AE Bln.)

Baum: Das Recht der Angestellten, Berlin 1927.

Baum: Werkmeisterrecht, Düsseldorf 1928.

Billerbeck: Die Kündigung und Entlassung von Arbeitern, Berlin 1921.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechtes. 8. Aufl. 1920.

Dersch: Kommentar des Betriebsrätegesetzes. 6. Aufl. Bensheimer 1923.

Dersch, Flatow, Hueck, Nipperdey: Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes zum Arbeitsrecht. Verlag Bensheimer.

Düringer-Hachenburg: Kommentar des Handelsgesetzbuches. 2. Aufl. 1908.

Goerrig: Das Arbeitsrecht in der Praxis. Bd. 1—5, München, Berlin, Leipzig.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen. (zit. RGZ)

Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichtes (zit. RAG).

Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichtes u. der Landesarbeitsgerichte; herausgegeben von Flatow, Hueck, Gerstel, Nipperdey; Verlag Bensheimer.

Feig-Sitzler: Kommentar zum Betriebsrätegesetz, 11.-12. Aufl. Berlin 1928.

Fischer-Henle: Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuches, 13. Aufl. München 1927.

Flatow: Kommentar zum Betriebsrätegesetz, 12. Aufl. 1928.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch, Berlin, 1901—1906.

Horrwitz: Das Recht der Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, Berlin 1905 (zit. Horrwitz).

Hueck: Kündigung und Entlassung nach geltendem Recht, Stuttgart 1921 (zit. Hueck).

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechtes, Mannheim 1928.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung. 3./4. Aufl. Bln. 1913.

Kaskel: Das Arbeitsrecht. Berlin 1925. 3. Aufl. Berlin 1928.
Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 6. Auflage 1928.
Landmann: Kommentar zur Gewerbeordnung, 7. Auflage Mchn. 1929.
Lindemann-Soergel: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Auflage 1923.
Lotmar: Der Arbeitsvertrag I. Bd. 1902, II. Bd. 1908, (Leipzig).
Makower: Handelsgesetzbuch. 13. Auflage Berlin 1906.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1899.
Neukamp: Die Gewerbeordnung. 10. Aufl. Tübingen.
Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht. Berlin 1923.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 3. Auflage 1926.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 4. Aufl. Berlin.
Potthoff, Jadesohn, Meissinger: Rechtsprechung des Arbeitsrechtes, 1914—1925, 1926—1927, 1928 Stuttgart.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (zit. ROLG).
Rohrscheidt: Kommentar zur Gewerbeordnung, 2. Aufl. Bln. 1912.
Ritter: Das Handelsgesetzbuch, Berlin 1910.
Schmaltz: Die Entlassung, 2. Auflage Hamburg 1921.
Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Stuttgart 1903.
Staub-Koenige: Kommentar zum Handelsgesetzbuche, 9. Aufl. 1912, 10. Aufl. 1920, 11. Aufl. 1921, 12./13. Aufl. 1926.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Bd. I, 9. Aufl. 1925, Bd. II, 7./8. Aufl. 1912—14, 9. Auflage 1928.
Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 12. Aufl. Tübingen 1925.
Stier-Somlo: Kommentar zur Reichsgewerbeordnung, 2. Aufl. Mannheim-Leipzig 1923.
Titze: Das Recht des kaufmännischen Personals in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechtes, Bd. II. Abt. 2. (zit. Titze).
Volkhausen: Das Recht der fristlosen Entlassung, Bln. 1927.

Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Tübingen 1923.
Wölbling-Neubauer: Die Entlassung der Arbeiter und Angestellten nach geltendem Recht. 2. Auflage, Berlin 1924.

Zeitschriften.

Arbeitsgericht (früher Gewerbe- und Kaufmannsgericht).
Arbeitsrecht, Jahrbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten, herausgegeben von Dr. Heinz Potthoff.
Arbeitsrechts-Praxis, Zeitschrift für Arbeitsrecht, Sozialversicherung und Sozialverwaltung. Verlagsgesellschaft des Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbundes (zit.: Arb. Prax.)
Betriebsrätezeitschrift für die Metallindustrie, Beilage: Arbeitsrecht im Betrieb.
Blätter für soziale Praxis.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Das Schlichtungswesen. (zit. Schl. W.) jetzt „Arbeitsrecht und Schlichtung."
Deutsche Arbeitgeberzeitung.
Deutsche Juristenzeitung.
Deutsche Technikerzeitung, Beilage: Recht und Rechtspraxis, herausgegeben vom „Bund der technischen Angestellten und Beamten."
Die Gewerkschaftszeitung, Beilage: Arbeitsrecht und Arbeitsversicherung.
Gewerbe-und Kaufmannsgericht.
Hanseatische Gerichtszeitung. Abt. „Arbeitsrecht."
Juristische Rundschau.
Juristische Wochenschrift.
Kartenauskunftei des Arbeitsrechtes, herausgegeben von Dr. Kallee, Stuttgart.
Leipziger Zeitschrift.
Neue Arbeitsrechtskartei, Industrieverlag Dortmund (zit. NAK).
Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (zit. NZfAR).
Rechtsblätter des Gewerkschaftsbund der Angestellten (GDA).
Rechtsprechung in Arbeitssachen. Grundsätzliche Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichtes, der Landesarbeitsgerichte und der Arbeitsgerichte. (zit. Rechtspr. in Arbs.)

A. Beendigung des Arbeitsvertrages.

§ 1.

Die verschiedenen Auflösungsmöglichkeiten des Arbeitsvertrages.

Das Arbeitsvertragsrecht ist, von gewissen Bestimmungen des Betriebsrätegesetzes und einigen sonstigen gesetzlichen Regelungen, wie die Arbeitszeitverordnung, abgesehen, im wesentlichen ein Teil des Privatrechtes. Dem Privatrecht gehören auch in erster Linie die Bestimmungen an, welche die Auflösung bestehender Arbeitsverhältnisse regeln. Im wesentlichen kommen hiefür 2 Wege in Betracht, die in ihren rechtlichen Voraussetzungen und Folgen vollkommen verschieden sind: die ordentliche und die außerordentliche Beendigung des Arbeitsvertrages.

Abgesehen davon findet der Arbeitsvertrag eine natürliche Grenze mit dem Tod des Arbeitnehmers. Es treten nicht etwa dessen Erben in den Vertrag ein, da die Arbeitsleistung grundsätzlich in Person zu erfolgen hat, es sei denn, daß anderweitige besondere Vereinbarungen bestehen. Eine andere Situation liegt vor beim Tode des Arbeitgebers. Hier findet der Dienstvertrag nicht etwa ohne weiteres sein Ende und es soll später erörtert werden, in wieweit die Erben im Wege einer außerordentlichen Kündigung die Möglichkeit haben, das vertragliche Verhältnis zu lösen.

Grundsätzlich finden Arbeitsverhältnisse durch Zeitablauf ihre Beendigung (§ 620 B.G.B), sie können aber auch stillschweigend verlängert werden, wenn keiner der beiden Teile eine entgegenstehende Absicht erkennen läßt. (§ 625 B.G.B.)

Die weitaus gebräuchlichste Art, Arbeitsverhältnisse zur Beendigung zu bringen, ist jedoch die ordentliche Kündigung, die vom Gesetzgeber für Arbeitsverträge jeder Art vorgesehen ist. Unter Kündigung ist die einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung einer Partei zu verstehen, durch welche das Arbeitsverhältnis für die Zukunft aufgehoben werden soll. Dem Grundsatz der Vertragsfreiheit entsprechend, kann sie in der Regel formlos erfolgen. Bei der ordentlichen Kündigung braucht in der Regel kein Kündigungsgrund angegeben zu werden; Nichtangabe eines solchen kann aber eine Einspruchsmöglichkeit nach § 84 Abs. 1 Ziffer 2 B.R.G. von seiten des Arbeitnehmers begründen. Die ordentliche Kündigung ist an

die Einhaltung gewisser Fristen gebunden, die sowohl durch Vertrag wie durch Gesetz aufgestellt werden können. Zu beachten ist, daß die gesetzlichen Vorschriften zum größten Teil zwingendes Recht enthalten und daher durch Parteivereinbarungen nicht abgeändert werden können. (Vgl. §§ 621—23 B.G.B.; §§ 67—69 H.G.B.; §§ 122, 133a—133 ac R.G.O. usw.) Für die Kündigungsfristen kommen die Bestimmungen der §§ 186—193 B.G.B. in Betracht.

Die ausserordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses setzt immer bestimmte Gründe voraus und hängt nicht wie die ordentliche von der Willkür der Parteien ab. § 22 K.O. gibt den Parteien im Falle des Konkurses des Arbeitgebers das Recht, das Arbeitsverhältnis in der Regel unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen zu kündigen. Näher auf diese Möglichkeit der Vertragsbeendigung einzugehen, ist im Rahmen der vorliegenden Abhandlung nicht am Platz. § 22 K.O. kommt nicht zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer in Konkurs fällt. In wieweit in diesem Fall für den Arbeitgeber unter Umständen ein Recht zur außerordentlichen Kündigung besteht, wird später noch zu untersuchen sein.

Eine weitere Möglichkeit einer außerordentlichen Aufhebung eines Arbeitsverhältnisses sieht § 1358 B.G.B. vor, der dem Ehemann das Recht gibt, einen von seiner Ehefrau abgeschlossenen Arbeitsvertrag ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen. Allerdings darf der Mann in diesem Fall dem Abschluß des Vertrages nicht zugestimmt haben und muß vom Vormundschaftgericht zur Kündigung ermächtigt sein. Eine solche Genehmigung hat das Vormundschaftsgericht nur zu erteilen, wenn sich ergibt, daß die Tätigkeit der Frau die ehelichen Interesse beeinträchtigt.

Schließlich hat der Gesetzgeber den Parteien die außerordentliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses ermöglicht durch die Rechtsinstitute des fristlosen Austritts und der fristlosen Entlassung. In beiden Fällen muß hier im Gegensatz zur ordentlichen Kündigung auf Seiten des Kündigenden ein Grund zur Lösung des Vertrages vorliegen, und zwar genügt nicht jeder beliebige Anlaß, sondern der Gesetzgeber fordert einen *wichtigen Grund*, der im Streitfall bedeutend genug sein muß um an Stelle der ordnungsmäßigen Kündigung die ausserordentliche Auflösung des Arbeitsvertrages zu rechtfertigen.

In der vorliegenden Abhandlung soll lediglich die Rede sein von der einseitigen Auflösung des Vertrages durch den Arbeitgeber und zwar in erster Linie von den Fragen, die mit

dem Begriff des wichtigen Grundes, der bei der fristlosen Entlassung im Vordergrund steht, zusammenhängen. In zweiter Linie sollen dann die Folgen der fristlosen Entlassung erörtert werden, im Anschluß daran die einzelnen Fälle der fristlosen Entlassung. Bei der Darstellung der verschiedenen wichtigen Gründe zur Entlassung soll besonders die neuere Rechtsprechung Berücksichtigung finden und nur die Fälle eingehender behandelt werden, die in der Praxis am häufigsten den Gegenstand von Entlassungsstreitigkeiten bilden.

B. Die fristlose Entlassung.

§ 2.

Begriff und Wesen des wichtigen Grundes.

Untrennbar von dem Begriff der fristlosen Kündigung bezw. der fristlosen Entlassung ist das Vorhandensein eines wichtigen Grundes. Sowohl im § 626 BGB, § 70 HGB, §§ 124a, 133b RGO, als auch im § 25 des Binnenschiffahrtsgesetzes und im Flößereigesetz spricht der Gesetzgeber vom wichtigen Grund und in allen diesen allgemeinen Entlassungsklauseln hat er es unterlassen, uns eine genaue Definition dieses für das Kündigungsrecht so wichtigen Begriffes zu geben. Es sind wohl in einigen Sondergesetzen, wie z. B. in der R.G.O. und im H.G.B. eine Reihe von wichtigen Gründen einzeln aufgezählt, die den Arbeitgeber zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers berechtigen, und diese aufgezählten Gründe kommen auch in der Regel am häufigsten vor, aber doch ist in sehr vielen Fällen die Entscheidung, ob nun ein wichtiger Grund gegeben ist oder nicht, für den Richter äußerst schwierig. Erst im § 16 Vorl. L.A.O. vom 24. 1. 1919 gibt der Gesetzgeber eine Definition von dem, was er unter wichtigem Grund gemeinhin zu verstehen geneigt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt war es den Parteien, der Rechtssprechung und der Rechtslehre überlassen geblieben, sich den Begriff „wichtiger Grund" zu formen. Auch jetzt noch ist natürlich im einzelnen Fall das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes stets zu prüfen; eine feste und konkrete Bestimmung dieses Begriffes, von dem schon im gemeinen Recht (Vgl. 1. 22. cod. IV, 65), im Preußischen Landrecht und im A.D.H.G.B. Art. 62 die Rede ist, wird sich auch nie herstellen lassen. Dies hat man schon bei den Vorarbeiten zum B.G.B. erkannt, als man gezwungen

war, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob bezüglich des außerordentlichen Kündigungsrechtes ein allgemeines Prinzip hergestellt oder die einzelnen berechtigenden Gründe, sei es festbegrenzt oder auch nur beispielsweise aufgezählt werden sollten. Schon die Mot. II, 469 gaben dem ersten Weg den Vorzug unter Berücksichtigung der Vielseitig- und Mannigfaltigkeit der Dienstverhältnisse und verwiesen die Aufstellung eines Kataloges in die Sondergesetze, wie H.G.B., R.G.O. usw.

Der vorhin erwähnte § 16 vorl. L.A.O. sagt nun „Wichtiger Grund zur sofortigen Lösung des Vertrags ist jeder Umstand, mit Rücksicht auf den die Fortsetzung des Dienstvertrages einer Vertragspartei nicht mehr zugemutet werden kann." Zum ersten Mal ist hier im Gesetz der Gedanke ausgesprochen, den RGZ 75 Seite 234—238 bezüglich der sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses aus wichtigem Grund zum Ausdruck bringt. In dieser Entscheidung heißt es: „Dem Gesetz liegt der Gedanke zugrunde, daß bei dem auf gewisse Dauer berechneten und auf beiderseitigem Vertrauen begründeten Dienstverhältnis nicht vorhergesehene Umstände eintreten können, die die sofortige Auflösung des Dienstverhältnisses erheischen, wenn nicht das Interesse der einen oder anderen Partei in unbilliger Weise geschädigt werden soll." Abgesehen von der nunmehr gesetzmäßig für den Bereich der vorl. L.A.O. festgelegten Bestimmung des wichtigen Grundes ist schon vorher die Theorie und Praxis zu einer ähnlichen allgemeinen Auffassung dieses Begriffes gelangt und zu dem Ergebnis gekommen, daß als w.G. zur fristlosen Entlassung „jeder Umstand zu erachten sei, mit Rücksicht auf den die Fortsetzung des Dienstvertrages einer Vertragspartei, hier dem Arbeitgeber nicht mehr zugemutet werden kann."[1]) Aehnlich ist die Definition von Titze (S. 720), wonach ein w.G. im Sinne des § 70 H.G.B. dann vorliegt, wenn das Durchhalten des Vertrags bis zu seiner normalen Auflösung Interessen einer Partei verletzen würde, deren Preisaufgabe der Gegner nach dem Vertragszweck und der Verkehrsanschauung nicht verlangen kann. Auch die Rechtssprechung des RG. geht grundsätzlich in dieser Richtung. In der Entscheidung vom 24. 5. 27 führt das RG aus: „Die fristlose Entlassung nach § 626 B.G.B. setzt grundsätzlich eine schwere, und zwar eine so schwere Verfehlung voraus, daß die Fortsetzung des Dienstverhältnisses für den

[1]) Vgl. Definition von Goldmann § 70 H.G.B.; Staub-Koenige § 70 Anm. 5; Staudinger BGB § 626; Hueck S. 84, u.a.m.

Dienstberechtigten unerträglich und seine sofortige Aufhebung als ein unabwendbares Gebot von Treu und Glauben erscheint."[2])

In allen diesen Definitionen wird hauptsächlich auf das gegenseitige Vertrauensverhältnis abgestellt,das die Parteien des Dienstvertrages auch im Zeitalter des kollektiven Arbeitsrechtes mit einander verbinden soll, der ganze Wert wird auf die Treu und Glauben entsprechende Wahrung der gegenseitigen Interessen gelegt. Auch der § 156 AVE, der für das künftige Recht die Frage der fristlosen Kündigung regelt, schlägt eine ähnliche Richtung ein. Es heißt hier: „Das Arbeitsverhältnis kann von jedem Teil ohne Frist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. W.G. ist jeder Umstand, um dessentwillen dem Kündigenden mit Rücksicht auf Vertragszweck, gute Sitte und Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann." Alle diese Bestimmungen über den Begriff des wichtigen Grundes haben zur Voraussetzung, daß objektiv einer oder mehrere solcher Umstände vorliegen, die der einen Partei das Recht geben, das Vertragsverhältnis sofort auflösen zu können, ohne bis zum nächsten gesetzlichen Kündigungstermin warten zu müssen. Wie die Parteien, besonders die Gegenpartei, dem wichtigen Grunde subjektiv gegenüber stehen, welche Bedeutung sie dem einzelnen, die fristlose Kündigung rechtfertigendem Ereignis zumessen, ist an und für sich vollkommen unwesentlich.

Nach der feststehenden Rechtsprechung des RG ist es im wesentlichen eine Tatfrage, ob ein wichtiger Grund vorliegt; die Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalles ist daher der Nachprüfung durch den Revisionsrichter entzogen.[3]) In der Revisionsinstanz darf demnach nur nachgeprüft werden, ob ein bestimmtes Handeln, eine bestimmte Eigenschaft oder ein bestimmtes Ereignis an sich einen w.G. zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses bilden kann. Dieser Ansicht hat sich auch das RAG angeschlossen, indem es in der Entscheidung vom 13. 6. 28 (Bensh. Slg. III, 73 RAG) ausführt: „Die Erwägungen des LAG, die es zum Verneinen des w.G. führen, können nach feststehender Rechtsprechung des RG und RAG nur beanstandet werden, wenn sie auf der rechtsirrtümlichen Rechtsanwendung beruhen würden,

[2]) Vgl. Potthoff-Jadesohn, Rspr. Arb. Nr. 1570 Jhrg. 28.
[3]) Vgl. RGZ 78, 22; 110, 297; JW 01, 209; 06, 813; 1912, 192; 1915, 653; 1919, 309; 1919, 504; Warn. 1918 Nr. 205, u.a.m.

daß das vom Berufungsgericht festgestellte Verhalten des Klägers ganz abgesehen von der besonderen Beschaffenheit des Falles, an sich zur Rechtfertigung der sofortigen Lösung des Dienstverhältnisses aus w.G. nach § 626 BGB nicht geeignet wäre."

Diese im wesentlichen auch von der Rechtslehre geteilte Anschauung, der voll und ganz beizutreten ist, wird im wesentlichen nur von Titze (S. 712) bestritten. Dieser geht bei der Aufstellung seiner Theorie aus von der Frage der Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes und führt in vollkommen konsequenter Weise aus, daß die Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes denjenigen trifft, der sich auf ihn beruft. Diese Beweislast erstreckt sich nur auf das Tatsachenmaterial, aus dem der Beweispflichtige, das ist bei der fristlosen Entlassung naturgemäß immer der Arbeitgeber, das Vorhandensein eines wichtigen Grundes ableitet. Titze stellt sich weiterhin auf den wohl unrichtigen Standpunkt, daß die Frage, ob die bewiesenen Vorkommnisse und die sie begleitenden Umstände einen ausreichenden Grund abgeben, nicht Gegenstand der Beweisführung ist, sondern wie jede Rechtsfrage Sache der richterlichen Entscheidung. Und weil es nun seiner Meinung nach eine Rechtsfrage ist, folgert Titze, daß auch der richterliche Ausspruch, der ein bestimmtes Ereignis für einen wichtigen Grund erklärt, der Nachprüfung des Revisionsrichters und zwar in vollkommenem Umfang unterstehe. Demnach habe das Revisionsgericht nicht nur zu unterscheiden, ob eine Tatsache „an sich", also in abstracto als wichtiger Grund angesehen werden kann, sondern ob sie im konkreten Fall, d.h. unter den vom Vorderrichter festgestellten Begleitumständen zur fristlosen Kündigung berechtige. Jede der herrrschenden Ansicht entsprechende Einschränkung des Revisionsgebietes ist nach Titze schon deshalb unmöglich, weil ein Vorkommnis niemals „an sich", sondern immer nur unter Berücksichtigung seines „besonderen Milieus" als w.G. in Betracht komme.

Demgegenüber läßt sich die Ansicht der herrschenden Lehre damit rechtfertigen, daß man „bei der Prüfung, ob die Auffassung des Berufungsgerichtes auf einer Gesetzverletzung beruht, davon auszugehen hat, daß die Frage, ob ein die Entlassung rechtfertigender Grund im Sinn des § 626 B.G.B. vorgelegen hat, im wesentlichen eine dem Ermessen des Berufungsgerichtes vorbehaltene Tatfrage, aber keine Rechtsfrage ist. Die Nachprüfung des RG hat sich darauf zu beschränken, ob der Sinn, den das Gesetz allgemein mit dem

Begriff des w. G. verbindet, richtig aufgefaßt ist." (JW 1915, 653.)

Bei der Prüfung der Wichtigkeit eines Grundes kann nicht etwa nach ein für allemal bestimmten Regeln vorgegangen werden, sondern es ist bei Behandlung dieser Frage auf den konkreten Fall abzustellen. Eingehender wird davon im nächsten § die Rede sein.

Es wird sehr oft bei der Frage der Entlassung der Fall eintreten, daß ein einzelner Grund nicht ausreicht, um das Dienstverhältnis sofort zu lösen, daß aber mehrere ihrerseits vielleicht im einzelnen wieder unbedeutende Gründe zusammenwirken, und nun als ganzes betrachtet, dem Arbeitgeber die Möglichkeit geben, sein Ziel zu erreichen und das Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitnehmer sofort zu beenden.

Der wichtige Grund braucht nicht, wie es tatsächlich in den meisten Fällen zutrifft, in der Person des Gekündigten zu liegen und von diesem verschuldet zu sein, sondern es können auch Gründe in der Person des Arbeitgebers in Frage kommen. Es ist demnach unerheblich, ob die Handlungsweise des Arbeitnehmers etwa böswillig ist, es ist nicht einmal ein Verschulden des Arbeitnehmers notwendig, es braucht sich keineswegs immer um eine schuldhafte Vertragsverletzung zu handeln. Aber es ist auf der anderen Seite ebenso selbstverständlich, daß eine böswillige Verfehlung weit schwerer wiegt als eine fahrlässige und daß sie deshalb auch weit eher einen wichtigen Grund bilden kann. (JW 28, 2909). Ausserdem können auch Umstände und Ereignisse, die nicht mit dem Verhalten, insbesondere mit dem Verschulden der einen oder anderen Partei zusammenhängen — sogenannte objektive Gründe — die fristlose Entlassung rechtfertigen.[4]) Die einzelnen Bestimmungen der Sondergesetze zählen ja selbst eine Anzahl von Gründen auf, die mit dem Verschulden der einen oder anderen Partei gar nichts zu tun haben und doch infolge ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift w.G. sind. Man vergleiche nur die Kündigungsgründe im § 72, Abs. 1 Ziffer 3 H.G.B.; §§ 123 Abs. 1, Ziffer 8, 124 Abs. 1 Ziff. 1 und 5 RGO und die entsprechenden Bestimmungen für die Betriebsbeamten und Werkmeister.

Notwendig ist aber auf jeden Fall, daß der Grund zur Entlassung in irgend einer Beziehung zu dem Arbeitsverhältnis desjenigen steht, dem gekündigt werden soll; das außerge-

[4]) Vgl. RGZ 65, 38; 79, 161; 94, 236; ROLG 8, 255; 19, 301.

schäftliche Verhalten berechtigt in der Regel nur zur Entlassung, soweit dadurch die geschäftlichen Interessen verletzt werden.[5])

Liegt einmal ein Grund vor, der nach § 626 B.G.B. oder den übrigen allgemeinen Entlassungsklauseln zur fristlosen Entlassung berechtigt, so kommt es nicht darauf an, ob die Möglichkeit besteht, daß sich bei einem weiteren Zusammenarbeiten der Parteien des Arbeitsvertrages der betreffende Grund vielleicht noch einmal wiederholen könnte. Eine derartige Wiederholungsgefahr kann sich im allgemeinen weder negativ noch positiv auswirken; sie ist weder rechtliche Voraussetzung des im § 626 B.G.B. gegebenen außerordentlichen Rechtsbehelfes, noch ist ihr Fehlen geeignet, die Schwere der Verfehlungen, wenn sie an sich einen wichtigen Grund bilden, in ihrer Tragweite herabzumindern.[6]) Dieser Ansicht des RG ist ohne weiteres beizutreten. Denn wenn einmal durch irgendeine Verfehlung des Arbeitnehmers, z.B. durch einen schweren Vertrauensmißbrauch, die Beziehungen zwischen ihm und dem Arbeitgeber so zerstört sind, daß ein gedeihliches Zusammenwirken nicht mehr gewährleistet werden kann, dann ist auf jeden Fall bei der Entscheidung über das Vorliegen eines w.G. ein näheres Eingehen auf die Frage belanglos, ob noch die Wiederholung dieser oder einer ähnlichen Handlung zu erwarten ist. Aber Voraussetzung ist auf jeden Fall, daß der vorliegende Grund wichtig genug ist, um allein die fristlose Entlassung zu rechtfertigen. Trifft dies nicht zu, sondern ist der angegebene Grund für sich allein betrachtet nicht wichtig genug, dann kann allerdings die Frage, ob eine Wiederholungsgefahr besteht, für die richterliche Entscheidung bedeutungsvoll werden.

Wie schon oben erwähnt, können die wichtigen Gründe sowohl in der Person des Arbeitgebers, als auch in der Person des Arbeitnehmers, dem gekündigt wird, liegen oder auch als sogenannte objektive Gründe sich aus den Umständen ergeben. Die häufigsten Fälle der fristlosen Entlassung, wie erhebliche Dienstverletzungen, Beleidigungen des Arbeitgebers, Ungehorsam usw. sind als in der Person des Gekündigten entstanden und auch von diesem verschuldet anzusehen. Die Frage aber, ob z. B. der Konkurs eines Arbeitnehmers einen w. G. darstellt, ist nicht ohne weiteres zu bejahen,

---

[5]) KG Berlin Jahrbuch 1910 S. 206—207; Staub-Koenige § 72, Anm. 10.

[6]) Vgl. RG in JW 1928, 2908.

sie ist zumindestens zweifelhaft. In diesem Fall kommt es auf die Stellung und die Geltung des Arbeitnehmers in dem betreffenden Arbeitsverhältnis an. Handelt es sich um einen Arbeitnehmer, der schlechthin einen von vielen Angestellten in einem Betrieb darstellt, unter Umständen eine ganz schlechte Entlohnung hat, so wird man dessen Konkurs nicht als Grund zur fristlosen Entlassung annehmen dürfen, denn die finanziellen Verhältnisse eines derartigen Arbeitnehmers spielen ja für den Betrieb gemeinhin keine wesentliche Rolle. Anders ist aber die Frage zu beurteilen, wenn es sich um Angestellte handelt, die in einem Betrieb Vertrauensposten bekleiden, unter Umständen sogar selbst größere Geldbeträge in dem Geschäft investiert haben. Wenn z. B. der Kassier eines großen Bankhauses in Kautionsstellung in Konkurs gerät, so wird dieses Ereignis wohl als w.G. anzusehen sein, denn es kann und wird sich sehr leicht auf den Arbeitsvertrag auswirken, besonders wenn man dessen persönliche Seite mit Recht mehr und mehr in den Vordergrund stellt. Der Arbeitgeber wird bei derartigen Vertrauensposten regelmäßig geordnete Vermögensverhältnisse seines Vertragspartners voraussetzen dürfen.[7])

Was die einzelnen Fälle anlangt, die für den Arbeitgeber einen Grund zur fristlosen Entlassung seines Angestellten oder Gewerbegehilfen abgeben, so werden diese, soweit sie sich als objektive Gründe darstellen oder in den Sondergesetzen normiert sind, in einem späteren Teil der Abhandlung eingehender erörtert werden.

Hier handelt es sich zunächst darum, auf das Wesen des wichtigen Grundes einzugehen, wie er uns in den einzelnen Generalkauseln, die das Gesetz im § 626 BGB, § 70 HGB und auch in der R.G.O. (§§ 124a, 133b) aufstellt, entgegentritt. Am allgemeinsten hat der Gesetzgeber den Begriff „wichtiger Grund" im B.G.B. behandelt, im H.G.B. hat er neben der Generalklausel des § 70 gewisse besondere Umstände aufgezählt, bei deren Vorliegen für den Arbeitgeber ohne weiteres ein w.G. zur fristlosen Entlassung gegeben ist. Nun hat diese Regelung im H.G.B. nicht etwa den Sinn, daß neben den im § 72 HGB aufgezählten Fällen andere Fälle nicht als w.G. anerkannt werden sollen (ebenso die Regelung bezüglich der gewerblichen Angestellten im § 133b und § 133c R.G.O.); eine derart erschöpfende Regelung ist

[7]) Vgl. auch Jäger KO § 22 Anm. 8; Staub-Koenige HGB § 22 Anm. 10; Hueck, S. 46; Düringer-Hachenburg § 70 Anm. 18.

lediglich in § 123 der Reichsgewerbeordnung vorhanden, wo aber für bestimmte Arbeitnehmerkategorien im § 124a ebenfalls wieder eine Ausnahme von der sonst vorhandenen Einzelregelung geschaffen ist. Würde man anderen, nicht aufgezählten Umständen für den Geltungsbereich des H.G.B. die Möglichkeit nehmen, im Einzelfall auch einen w.G. abzugeben, dann hätte ja die Bestimmung des § 70 H.G.B. und auch das Wort „namentlich" im § 72 H.G.B. gar keinen Sinn.

Auf der anderen Seite kann man aber auch nicht sagen, daß in jedem Fall, in dem einer der gesetzlichen normierten Gründe des § 72 H.G.B. vorliegt, ohne weiteres für den Arbeitgeber die Möglichkeit besteht, von seinem Entlassungsrecht Gebrauch zu machen. Einer derartigen auf § 72 H.G.B. gestützten Entlassungsmöglichkeit hat der Gesetzgeber einen Riegel dadurch vorgeschoben, daß er in Abs. 1 des § 72 HGB den Passus eingefügt hat „sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen." Damit ist doch zweifellos ausgedrückt, daß die aufgezählten Fälle nicht unterschiedslos einen Kündigungsgrund abgeben sollen. Bei den einzelnen Fällen der §§ 123, 124 R.G.O. findet sich eine solche Beschränkung im Gesetze nicht, doch kann sich bei einer genaueren Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles von selbst die Möglichkeit einer anderen Beurteilung ergeben.

Die Bedeutung der Normierung der Gründe im H.G.B. und der Gewerbeordnung liegt vor allem darin, daß der Gesetzgeber dadurch die Frage der Beweislast regeln wollte. Liegt einer der aufgezählten Fälle vor, dann braucht der Arbeitgeber keine weitere Begründung für die vollzogene Kündigung zu bringen, sondern der Arbeitnehmer muß, wenn er widerspricht, dafür besondere, eine gegenteilige Beurteilung rechtfertigende Momente bringen. Weiterhin war es Absicht des Gesetzgebers, durch Schaffung eines Kataloges im H.G.B. und in der RGO der Rechtslehre und besonders der Praxis Fingerzeige dafür zu geben, in welcher Richtung nach seiner Meinung der w.G. zu finden sei.

In Potthoff's Zeitschrift „Arbeitsrecht" (1924 S. 153 ff.) stellt Oertmann unter dem Titel „Die Geschäftsgrundlage und ihr Wegfall im Arbeitsrecht" deren Beziehungen zum Gebiet der fristlosen Entlassung und damit zur Lehre vom w.G. dar. Er definiert Geschäftsgrundlage „als die beim Geschäftsabschluß zutage tretende und vom etwaigen Gegner in ihrer Bedeutung erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten, oder die gemeinsame Vorstellung

der mehreren Beteiligten vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille sich aufbaut." Oertmann untersucht zunächst eingehender die Frage, ob nicht die Möglichkeit besteht, ein Arbeitsvertragsverhältnis wegen Fehlens oder Wegfallens der Geschäftsgrundlage in den Fällen zu lösen, wo überhaupt kein allgemeines Kündigungsrecht besteht. Dies ist natürlich nur der Fall im Gebiete der R.G.O. bezüglich der gewerblichen Arbeiter, wo das System einer vom Gesetzgeber geschaffenen Spezialisierung bezüglich der Gründe für die vorzeitige Entlassung mit der einzigen Ausnahme des § 124a R.G.O. herrscht. Oertmann vertritt nun die Ansicht, daß bei den gewerblichen Arbeitern für eine Aufkündigung des Vertrages wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage, insbesondere wegen Veränderung der Umstände, ein gewisses Bedürfnis bleibt, und diese erst gewissermaßen ergänzend neben die positiven Kündigungsregeln der R.G.O. tritt. Nun will aber die R.G.O. zweifelsohne für ihren Bereich das Kündigungsrecht erschöpfend regeln; für eine Anwendung des § 626 B.G.B. ist somit kein Raum, was sich ja auch aus der Sonderbestimmung des § 124a R.G.O. entnehmen läßt. Wenn dies der Fall ist, wird man auch sagen müssen, daß auch der Gesichtspunkt der Geschäftsgrundlage und die Folgen, die sich aus deren Fehlen oder Wegfallen ableiten, außer Geltung gesetzt sind. Uebrigens hat ja der Gesetzgeber gerade in der R.G.O., wo bezüglich der gewerblichen Arbeiter eine allgemeine Generalklausel für die fristlose Entlassung fehlt, im § 122 so kurze Kündigungsfristen geschaffen, — und diese Fristen sind weiterhin in der Praxis durch die Tarifverträge so herabgedrückt worden, — daß wirklich ein hinreichender Schutz für die Parteien vorhanden ist und es in diesen Fällen dem Arbeitgeber wohl zuzumuten ist, das Ende der vertraglichen Kündigungsfrist abzuwarten, wenn gerade kein gesetzlich normierter Grund vorliegt.

Oertmann rechtfertigt seine Ansicht damit, daß er den Begriff der Geschäftsgrundlage für einen allgemeinen Grundsatz des bürgerlichen Rechtes hält, der durch die Sondergesetze wie die RGO nicht in der Weise verdrängt werden könne, wie Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, die sich gerade auf das besonders geregelte Verhältnis beziehen. Nun ist aber vom RG mehrmals dem Sinne nach entschieden worden, daß durch die Zulassung des wichtigen Grundes im Arbeitsvertrag die vertraglichen Auflösungsmöglichkeiten auf Grund besonderer Umstände erschöpfend geregelt sind,

daß insbesondere der § 626 B.G.B. eine besondere Vorschrift darstelle und die Möglichkeit der vorzeitigen Lösung eines Arbeitsverhältnisses erschöpfend und entgültig regle.[9]) Dementsprechend ist auch, wie Sinzheimer im „Arbeitsrecht" (1924 S. 486) dartut, in der Literatur anerkannt worden, daß der w.G. für den Dienstvertrag die Stelle der „Voraussetzung" der clausula rebus sic stantibus vertrete.[10]) Der Ansicht Sinzheimers, daß gerade der Arbeitsvertrag eine einfache, geschlossene rechtliche Regelung hinsichtlich seiner Auflösung verlangt, ist unbedingt beizutreten und es ist nicht anzunehmen, daß neben dem „konzentrierten" Kündigungsrecht im Arbeitsvertrag eine allgemeine konstruktive Möglichkeit, wie sie die Geschäftsgrundlage Oertmanns in ihrer Beziehung zum Arbeitsrecht doch darstellt, Raum hat. Was nicht aus wichtigem Grund zur Auflösung des Dienstvertrages führen kann, das kann auch nicht durch eine theoretische Konstruktion eine Beendigung des Dienstvertrages herbeiführen. Oertmann muß ja selbst zugeben, daß die sofortige Auflösung des Arbeitsvertrages durch Rücktritt von diesem bei späteren Wegfall der sogenannten Geschäftsgrundlage äußerst unpraktisch ist, denn in fast allen diesen Fällen wird der allgemeine wichtige Kündigungsgrund gegeben sein. Da bis zum Eintritt der betreffenden Veränderung das Verhältnis wirklich bestanden hat, ist hier ein das gesamte Vertragsverhältnis nachträglich von Anfang an vernichtender Rücktritt rechtspolitisch wertlos und es muß notwendigerweise an die Stelle des Rücktrittes die Kündigung treten, die das Dienstverhältnis ex nunc beseitigt. Als weiteren typischen Fall für den Wegfall der Geschäftsgrundlage zählt Oertmann die Betriebseinstellung auf. Die Betriebseinstellung und ihre Beziehungen zum Rechtsgebiet der fristlosen Entlassung werden später unter den objektiven Entlassungsgründen einer eingehenden Würdigung unterzogen werden. An dieser Stelle sei nur ausgeführt, daß eine Berechtigung des Arbeitgebers, ohne weiteres vom Vertrag zurückzutreten, wenn im Betrieb Stockungen eintreten, oder er gezwungen wird, den Betrieb einzustellen, eine vollkommen unzulässige Abwälzung des von dem Arbeitgeber nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu tragenden Betriebsrisikos auf den Arbeitnehmer darstellen würde. Eine solche Auflösungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses ließe sich nur dann rechtfertigen, wenn sich beim Arbeitsvertrag zwei wirt-

[9]) Vgl. JW 12, 73; RGZ 92, 159.
[10]) Vgl. Krückmann Arch. für zivil. Praxis, Band 116, 381.

schaftlich und sozial gleichgestellte Kontrahenten gegenüberstehen würden. Dies ist aber natürlich bei der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers von dem Unternehmer nicht der Fall.

§ 3.
Maßstab für die Beurteilung der Wichtigkeit eines Grundes.

Mit dem Begriff und Wesen des wichtigen Grundes hängt aufs engste die Frage zusammen, welchen Maßstab man bei Beurteilung der Wichtigkeit eines Grundes zur fristlosen Entlassung anzulegen hat. Es wurde schon im vorhergehenden Paragraphen ausgeführt, daß es bei der fristlosen Entlassung nicht auf subjektive Beweggründe, sondern auf die jeweilige objektive Sachlage ankommt. (RGZ 56, 373).

Es ist ohne weiteres klar, daß gerade die Beurteilung der Frage, ob eine fristlose Entlassung berechtigt ist oder nicht, unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu erfolgen hat und wie schon früher erwähnt, auch die Art der Dienstleistung ebenso wie die Größe des wechselseitigen Vertrauens eine Rolle spielen. Gerade in diesen Fällen wird die stärkere Betonung der fürsorgenden und sozialen Seite unseres Arbeitsrechtes am deutlichsten zutage treten müssen. Für den Richter bietet sich ein Anhaltspunkt für die Feststellung der Wichtigkeit eines Grundes, wenn er das Verhältnis zwischen Ursache und Wirkung betrachtet. Er wird, wenn es sich um die Entlassung eines Arbeitnehmers handelt, berücksichtigen müssen, daß die Entlassung vielfach die Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz bedeuten kann und auch in den meisten Fällen eine schwere wirtschaftliche Notlage zur Folge hat, besonders wenn man in Erwägung zieht, daß mittlere Gehälter in der heutigen Zeit Ersparnisse nicht zulassen. Eine derartige Wirkung der fristlosen Entlassung kann nicht ohne Bedeutung sein für die Würdigung des Entlassungsgrundes. Es ist unbillig, z. B. wegen Uebertretung des Rauchverbotes einen Arbeiter einfach auf die Straße zu setzen, falls nicht direkt feuergefährliche Betriebe in Betracht kommen, und wenn man den Katalog der in der R.G.O. vom Gesetzgeber normierten Entlassungsgründe durchsieht, wird man die Wahrnehmung machen, daß der Gesetzgeber selbst auf einem großzügigen Standpunkt steht und im allgemeinen ziemlich schwere Verfehlungen des Arbeitnehmers bei der fristlosen Entlassung verlangt. (Vgl. Baum, Werk-

meisterrecht, S. 145.). Auch die direkten vermögensrechtlichen Folgen einer Entlassung sind zu berücksichtigen. (Vgl. auch RGZ 94, 166). Gerade in dieser zuletzt erwähnten Entscheidung betont das RG, daß die außerordentlich wichtige Frage, ob eine fristlose Entlassung gerechtfertigt ist oder nicht, immer unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu beantworten ist.

Auch die Aufzählung einzelner Kündigungsgründe im HGB und in der RGO spielt als Maßstab für die Beurteilung der Wichtigkeit eines Grundes im Einzelfalle eine Rolle. Nach der Absicht des Gesetzgebers sollen hier zweifelsohne nur Beispiele einzelner Auflösungsgründe gegeben sein. Durch sie ist eine Art Maßstab geschaffen, unter welchen Voraussetzungen die sofortige Auflösung eines Arbeitsverhältnisses gestattet ist. Es können daher Vorgänge, die nicht ganz die Voraussetzungen des § 72 HGB und des § 133c RGO erfüllen, doch einen Auflösungsgrund bilden, wenn sonstige Umstände erschwerend in Betracht kommen. Andererseits ist, auch wenn die Voraussetzung einer Entlassung vorliegt, eine schon im letzten Paragraphen besprochene Einschränkung dahin gemacht, daß besondere Umstände eine andere Beurteilung zulassen. Solche Umstände, die gleichfalls in jedem einzelnen Fall zu berücksichtigen sind, können z. B. das einwandfreie Vorleben des zu Entlassenden, insbesonders seine bisherige gute Führung und Brauchbarkeit im Geschäft sein; das letztere Moment der Brauchbarkeit wird bei Angestellten unter Umständen noch schwerer in das Gewicht fallen, besonders wenn es sich um qualifizierte Angestellte handelt, als dies bei den leichter ersetzbaren Arbeitern der Fall ist. Ebenso ist natürlich in Betracht zu ziehen, ob nicht doch irgendwelche Umstände vorliegen, welche die Verfehlungen, die dem Arbeitnehmer vorgeworfen werden, in milderem Lichte erscheinen lassen und insoferne als „mildernde Umstände“ im weitesten Sinne zu betrachten sind. Die Untreue, deren sich der Handlungsgehilfe im Dienst schuldig macht, der als Familienvater in Zeiten ärgster wirtschaftlicher Bedrängnis für sich und die Seinen einen verhältnismäßig geringen Betrag aus der Geschäftskasse entwendet, ist sicherlich milder zu beurteilen, und wird oft nicht allein zur fristlosen Entlassung ausreichen, im Gegensatz zu der Handlungsweise eines jugendlichen Angestellten, der, nur um einem übermäßigen Luxus zu fröhnen, die Portokasse um erhebliche Summen erleichtert, ohne sich in irgend einer Notlage zu befinden. Endlich erfordert auch die Frage, ob der Arbeit-

geber durch das Verhalten des Arbeitnehmers einen Schaden erlitten hat, eine intensive Prüfung und kann in den Fällen, wo kein oder nur geringer Schaden durch das Verschulden des Angestellten oder Arbeiters entstanden ist, zur Verneinung der Entlassungsmöglichkeit führen. Es muß immer wieder betont werden, daß gerade bei der Entscheidung über die fristlose Entlassung der Richter sich nicht vom starren Buchstaben des Gesetzes leiten lassen, sondern sich die schweren wirtschaftlichen Folgen der Entlassung vor Augen halten und deshalb auch alle für den Arbeitnehmer sprechenden Momente eingehend berücksichtigen soll.

Außer Zweifel steht, daß bei den mit der Festlegung des „wichtigen Grundes" zusammenhängenden Fragen auch die Dauer des zwischen den Parteien bestehenden Dienstverhältnisses eine Rolle spielen wird. Soziales Denken des Arbeitgebers wird erfordern, auch auf das Lebensalter der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer Rücksicht zu nehmen und einen alten Angestellten nicht bei der geringsten Kleinigkeit fristlos zu entlassen. Die Persönlichkeit des Arbeitgebers selbst, der von seinem Entlassungsrecht Gebrauch machen will, darf ebenfalls nicht unberücksichtigt bleiben, wenn man darüber urteilen will, ob die Entlassung des Arbeitnehmers durch ihn zu Unrecht erfolgt ist oder nicht. Ein Arbeitgeber, der in seinem Betrieb durch eigenes unordentliches Verhalten oder durch grobe Unachtsamkeit ein schlechtes Beispiel gibt, darf sich nicht darüber wundern, wenn auch auf Seiten der Arbeitnehmer nicht alles genau nach der Schnur geht und darf ihnen wegen gleichartiger Verfehlungen keinen Vorwurf machen. Man denke nur an den alkoholfreudigen Chef, der selbst betrunken in den Betrieb hereinkommt, im Verhältnis zu den ebenfalls trinkfesten Arbeitern. So hat das LAG Erfurt in einer unveröff. Entscheidung vom 19. 10. 27, LAG 6/27 erkannt, daß bei Kündigungen des Arbeitgebers wegen wichtigen Grundes nach § 626 B.G.B. bei Feststellung des w.G. jede einzelne Verfehlung nicht nur für sich allein zu betrachten sei, sondern auch das Gesamtbild. Dabei sei zu prüfen, ob nicht die Verfehlungen auf das Verhalten des Arbeitgebers und insbesondere auf eigenes Mitverschulden zurückzuführen sind. Wenn der Arbeitgeber durch eigenes Verhalten Zustände habe aufkommen lassen, die nicht zu billigen sind, wenn er Differenzen bisher gütlich erledigte, so könne er nicht auf einmal den gestrengen Herrn spielen und sich darauf berufen, daß Verfehlungen in seinem Betrieb ohne weiteres strenger gehandhabt würden und der Arbeit-

nehmer dadurch von heute auf morgen vor die Tür gesetzt und brotlos gemacht werde.

Vor allen Dingen wird sich die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, immer nach der Natur des einzelnen Dienstverhältnisses richten. Es ist ohne weiteres klar, daß man bei rein mechanischen Dienstleistungen, z. B. bei der Tätigkeit eines Hilfsarbeiters bezüglich der Beurteilung der Wichtigkeit eines Grundes lange nicht den Maßstab anlegen kann, wie bei der Tätigkeit eines hochbezahlten Prokuristen, der von vornherein eine Vertrauensstellung einnimmt. Bei diesem können ganz geringe Verfehlungen unter Umständen die fristlose Entlassung rechtfertigen, während bei einem schlecht besoldeten kleinen Angestellten ein geringer Verstoß gegen die aus dem Dienstverhältnis erwachsenden Pflichten wohl nicht von vornherein als wichtiger Grund zur fristlosen Entlassung zu erachten ist. In der Entscheidung vom 19. 6. 28 (JW 1928, 2908) führt das RG aus: „Nach allgemeiner Anschauung ist bei der Beurteilung der Wichtigkeit eines Grundes ein strengerer Maßstab anzulegen, wenn es sich um einen Angestellten in leitender Stellung handelt, als wenn nur Dienste zu leisten sind, die sich auf einfache, mehr mechanische Verrichtungen erstrecken." Als Grund für diese Auffassung gibt das RG an, daß Verfehlungen eines leitenden Angestellten häufig, namentlich wenn sie in die Oeffentlichkeit dringen, geeignet sind, die Firma selbst in Mißkredit zu bringen und sie in ihrem geschäftlichen Ansehen zu schädigen. Doch wird dies nicht der einzige Grund für die schärfere Behandlung des leitenden Angestellten sein, sondern vielleicht der Umstand noch wichtiger erscheinen, daß der leitende Angestellte im besonderem Maße Vertrauensperson des Arbeitgebers ist und deshalb Verfehlungen, die ihm zur Last fallen, besonders leicht geeignet sind, das für seine Stellung unbedingt notwendige Vertrauensverhältnis zum Arbeitgeber zu zerstören. Ebenso können an einen Angestellten, dem die längeren Kündigungsfristen und sonstigen Wohltaten des K.Sch.G. vom 9. 7. 26 zur Seite stehen, auch besondere Anforderungen bezüglich seines Verhaltens gestellt werden. (Arb.G. Hamburg v. 30. 6. 28 in NAK).

§ 4.
Zwingende Natur der Bestimmungen über die fristlose Entlassung und Grenzen der Vertragsfreiheit.

Die Frage, ob wir es beim Rechte der fristlosen Entlassung mit zwingendem oder nachgiebigem, d. h. durch Parteivereinbarungen veränderlichem Recht zu tun haben, läßt sich naturgemäß in 3 Unterfragen gliedern.

1) Ist es möglich, daß die Parteien im Arbeitsvertrag ganz allgemein auf das Recht zur fristlosen Entlassung im Voraus verzichten können?
2) Kann die Ausübung des Rechtes im Voraus wenigstens beschränkt werden?.
3) Kann durch Parteivereinbarung der Katalog der vom Gesetzgeber in der RGO und im HGB als wichtig bezeichneten Gründe im Voraus vermehrt werden?

1) Nach ständiger Rechtsprechung des RG sind die Bestimmungen über die fristlose Kündigung zwingenden Rechtes.[11]) Das RG stützt seinen Standpunkt insbesondere mit der Erwägung, dem Gesetz liege der Gedanke zugrunde, daß „bei dem auf gewisse Dauer berechneten und auf beiderseitiges Vertrauen begründetem Dienstverhältnis nicht vorhergesehene Umstände eintreten können, welche die sofortige Aufhebung des Arbeitsvertrages erheischen." In der Tat ist diese Stellungsnahme des RG zweifellos berechtigt, wenn sie auch von einigen Vertretern der einschlägigen Literatur (vgl. Lotmar S. 617 u. a.) nicht geteilt wird. Denn in jedem Fall, wo die Frage der fristlosen Entlassung akut wird, muß ein wichtiger Grund im Sinne des Gesetzes gegeben sein und ob ein solcher vorliegt, läßt sich nur nach den Umständen des Einzelfalles eingehend beurteilen. Könnten nun die Parteien des Dienstvertrages im Voraus auf das Recht der fristlosen Entlassung verzichten, so würden sie in diesem Verzicht alle die Ereignisse einschließen müssen, die im Lauf des Arbeitsverhältnisses eintreten können, Ereignisse, die die Parteien gar nicht voraussehen können. Das würde aber im krassen Widerspruch stehen zu den Schutzvorschriften, die der Gesetzgeber für den Bereich der fristlosen Kündigung allgemein aufgestellt hat. Gerade weil das Gesetz mit unvorhergesehenen Ereignissen rechnet und die Billigkeit entscheiden lassen will, ist es unzulässig, das Kündigungsrecht aus wichtigem Grund im Voraus

[11]) Vgl. RGZ 69, 365; 75, 238; RAG Bd. 1 S. 105.

auszuschließen. Anders steht es natürlich mit dem Verzicht auf das schon entstandene Kündigungsrecht. Somit können Vereinbarungen, die auf eine Ausschließung des Rechtes zur sofortigen Kündigung aus wichtigem Grund hinauslaufen, niemals verhindern, daß trotzdem bei besonderer Gestaltung der Verhältnisse auch ausgeschlossene Gründe die Aufhebung herbeiführen. Aber die betreffende Vereinbarung wird wenigstens als erheblicher Umstand bei der Entscheidung über die Wichtigkeit des Grundes in Betracht zu ziehen sein; zeigt sich doch, wie die Parteien selbst bei Abschluß des Vertrages sich ihr Verhältnis gedacht haben (Staub-Koenige § 70 Anm. 10). Die Meinung des RG und jetzt auch des RAG, die die Bestimmungen über die fristlose Kündigung für absolutes zwingendes Recht erklärt, wird auch von einem großen Teil der Literatur vertreten.[12]) Die Vertreter der Gegenmeinung stellen sich auf den Standpunkt, daß eine vertragliche Aenderung, besonders der Ausschluß von einzelnen Kündigungsgründen möglich und zulässig sei, solange diese Vereinbarungen nicht gegen die guten Sitten verstoßen würden. Damit würde letzten Endes den Vorschriften über die fristlose Kündigung ein nachgiebiger Charakter zukommen. Die Anhänger dieser Meinung legen viel zu wenig Gewicht auf das persönliche Verhältnis zwischen den Parteien, das doch im modernen Arbeitsrecht mehr in den Vordergrund treten soll. Wenn der zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschlossene Vertrag wirklich positive Resulate zeitigen soll, so ist die unbedingte Voraussetzung dafür, daß das gegenteilige Verhältnis nicht durch widerliche Reibereien und Streitigkeiten schlimmster Art zwischen den Parteien getrübt wird. Dies wäre aber unweigerlich der Fall, wenn der Gesetzgeber nicht die Vorschriften über die fristlose Kündigung aufgestellt und diesen nicht auch die Natur zwingenden Rechtes gegeben hätte. Jede Partei hätte dann bis Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist die Möglichkeit, die andere nach jeder Richtung zu schikanieren und ihre Bosheiten an der andern auszulassen. Der gerade vom RAG in der letzten Zeit geprägte Begriff der „sozialen Betriebsgemeinschaft" würde in der Praxis in diesen Fällen geradezu

[12]) Vgl.. Oertmann S. 224; Kaskel S. 133; Staudinger 9. Aufl. § 626 VI; Staub-Koenige § 70 Anm. 10a; Hueck S. 53; RGR Komm. § 626 Anm. 2; Planck BGB § 626 Anm. 1; Titze in JW 1919 S. 240; Landmann RGO § 123 Anm. 2e, § 133b Anm. 1, § 133c Anm. 1 — a.M. Rohrscheidt RGO § 124 Anm. 2, § 133b Anm. 3; Lotmar S. 617 ff.

zum Zerrbild werden. Besonders bei der heute infolge der immer stärker werdenden sozialen Gegensätze und häufigen Arbeitskämpfe oft sehr gespannten Situation zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer schaffen die Bestimmungen über die fristlose Kündigung das richtige Ventil, um durch Lösung des Arbeitsverhältnisses, sei es von dieser, sei es von jener Seite her, die Parteien von einer drückenden Last zu befreien. Keinesfalls ist also eine Vereinbarung möglich und mit rechtlichen Folgen ausgestattet, auf Grund deren auf das fristlose Kündigungsrecht im ganzen verzichtet würde, auch wenn dies auf beiden Seiten der Fall wäre; geschweige denn, wenn nur der eine Teil verzichten würde.

Auch die Bestimmungen des § 627 BGB sind nach richtiger Ansicht zwingender Natur. Hier handelt es sich um Dienste höherer Art, die kein dauerndes Verhältnis mit festen Bezügen als Grundlage haben, sondern nur auf dem gegenseitigen Vertrauen der Parteien fundiert sind. Gerade deshalb, weil hier der Gesetzgeber das Vertrauensverhältnis besonders stark betont und auf die enge Zusammenarbeit bei diesem Arbeitsverhältnis hinweist, muß die Vorschrift des § 627 BGB als eine erhöhte Schutzvorschrift und als lex specialis zu § 626 BGB aufgefaßt werden. Der Gesetzgeber wollte bei diesen höheren Dienstleistungen die Auflösungsmöglichkeit des Dienstvertrages zweifelsohne vergrößern, deswegen hat er nicht einmal das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Voraussetzung gemacht. Gerade bei diesen Vertrauensverhältnissen müssen sich naturgemäß irgendwie entstehende unbillige Härten noch viel unangenehmer auswirken wie bei den sonstigen Arbeitsverhältnissen. Könnten nun die Parteien auf das ihnen nach § 627 BGB zustehende Recht im Voraus verzichten, so würde für die Zukunft wieder ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB zur Vertragsauflösung notwendig. Dies entspricht aber keinesfalls den durch die Spezialbestimmung des § 627 BGB vom Gesetzgeber besonders geschützten persönlichen Interessen. Kommt man also im Falle des § 626 BGB zur Bejahung des zwingenden Charakters dieser Vorschrift, so trifft dies beim § 627 BGB erst recht zu.

2) In der gleichen Linie liegt die Beurteilung der Frage, ob es zulässig sei, durch vertragliche Vereinbarungen das Recht zur fristlosen Entlassung im Voraus zu beschränken, sei es dadurch, daß nur ganz bestimmte Gründe die fristlose Entlassung rechtfertigen, oder daß bestimmte Gründe nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen „als wichtig“ im

Sinne des Gesetzes gelten sollen, oder daß schließlich an die Ausübung des Rechtes zur fristlosen Entlassung etwa gewisse Nebenfolgen, wie Zahlung einer Art Reugeld geknüpft sind.

Verschiedentlich wird die Ansicht vertreten, daß der zwingende Charakter der in Frage kommenden Vorschriften nicht hindere, über die wichtigen Gründe zur fristlosen Entlassung bestimmte Vereinbarungen zu treffen. Darnach soll durch Vertrag Tatsachen, die an sich einen wichtigen Grund darstellen, unter besonderen Voraussetzungen diese Bedeutung genommen werden können. So können z.B. gewisse Tatbestände nur dann vereinbarungsgemäß wichtige Gründe darstellen, wenn im einzelnen festgesetzte erschwerende Umstände obwalten. Vertraglich könne ausbedungen werden, daß nur bestimmte Gründe als wichtige Gründe im Sinne des Gesetzes gelten sollen; nur wird hier als Regulator der Satz nachgeschoben, diese Bestimmung dürfe jedoch nicht gegen die guten Sitten verstoßen.

Die Vereinbarung, daß Tatbestände, die an sich wichtige Gründe bilden, nicht als solche erscheinen sollen, oder der Dienstpflichtige hinsichtlich der Entlassung einem Beamten gleichstehen soll, ist nach der Stellungnahme des RG zulässig.[13])

Solche Beschränkungen des fristlosen Kündigungsrechtes, die auch soweit kein Verstoß gegen die guten Sitten in Betracht kommt, von der herrschenden Lehre anerkannt werden, bedürfen naturgemäß in den einzelnen Fällen einer ausdrücklichen Vereinbarung.[14]) Es kann sich aber auch nach Treu und Glauben aus den Umständen oder aus sonstigen Erklärungen der Parteien ergeben, daß das Dienstverhältnis nach dem — allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochenen — Willen der Parteien, nur aus einem ganz besonders wichtigen Grund soll fristlos aufgelöst werden dürfen. Ein solcher Fall wäre z.B. dann gegeben, wenn der Erwerber eines Geschäftes den bisherigen Inhaber mit dem Versprechen anstellt, es solle ihm sein Arbeitsfeld auch weiterhin in derselben Ausdehnung im Betrieb gesichert bleiben.[15]) In einem solchen Fall

[13]) Vgl. Leipziger Zeitschrift 1914 S. 1864.

[14]) Vgl. Staudinger, ält. Aufl.; Staub-Koenige, ält. Aufl.; Planck § 626 Anm. 1; Lindemann-Soergel § 626 Anm. 3; Rohrscheidt RGO § 124a Anm. 2, § 133b Anm. 3; Recht 1914 Nr. 2868 u.a.m.

[15]) Vgl. K.G. Stuttgart v. 22. 10. 05, Staub-Koenige § 70 Anm. 10.

darf dann das Arbeitsverhältnis vom Erwerber nicht schon aus jedem wichtigen Grund, sondern nur aus einem besonders wichtigen Grund gelöst werden. Die Vertreter der im Endergebnis wohl abzulehnenden Meinung, wonach eine Beschränkung des Entlassungsrechtes als zulässig zu erachten sei, dokumentieren durch ihre Ansicht letzten Endes, daß das Recht der fristlosen Entlassung bis zur Grenze der guten Sitten nachgiebiger Natur sei. Nun ist aber der Begriff der guten Sitten im Gesetz nirgends besonders definiert und im Getriebe der Zeiten sind die Grenzen der guten Sitten äußerst schwankend. Wie eingangs ausgeführt, ist das Vorliegen eines w.G. unter Berücksichtigung aller Umstände zu beurteilen und die Parteien können nie sicher sein, ob die Gründe, die sie im Augenblick des Vertragsabschlusses unter gewissen Umständen als erheblich, unter gewissen Umständen aber als nicht wichtig ansehen, später, wenn der Fall einer fristlosen Entlassung eintritt, genau so zu bewerten sind. „Die Ereignisse, auch die scheinbar gleichen, treten jedesmal unter anderen Umständen auf. Die Parteien können darum ihren Charakter nie im Voraus ermessen und auch von keinem Ereignis vorher sagen, ob es für den Fortbestand des Dienstverhältnisses wichtig ist oder nicht". (RGZ 75, 238). Es ist auch zumindest inkonsequent, sich auf der einen Seite einem allgemeinen Ausschluß der fristlosen Entlassung gegenüber ablehnend zu verhalten und auf der anderen Seite eine Beschränkung auf einzelne Kündigungsgründe, die doch im Endeffekt auch einen teilweisen Ausschluß der fristlosen Entlassung darstellt, zuzulassen. Werden also vertraglich gewisse Tatsachen zur alleinigen Voraussetzung zur Entlassung gemacht, während das Gesetz die Entlassung auch aus anderen Gründen oder aus jedem wichtigen Grund zuläßt, so ist in diesem Fall die Kündigung aus allen im Gesetz vorgeschriebenen Gründen zulässig. (Aehnlich auch Baum, Recht der Angestellten S. 70). Unter diesen Umständen ist die Ansicht wohl gerechtfertigt, daß ebenso wie der vorherige Verzicht auch eine Beschränkung des Rechtes zur fristlosen Entlassung nicht möglich ist.[16]) Zweifellos ist aber auch hier eine auf Beschränkung abzielende frühere Parteivereinbarung als einer der für die Prüfung in Frage kommenden Umstände

[16]) Vgl. gegenüber der herrschenden Lehre, Staudinger § 626, VI 2; RGR Komm. § 626 Anm. 2; Hueck S. 54; Staub-Koenige § 70 Anm. 10; Titze S. 730; JW 1919, 240; RG 75. 238.

tatsächlich zu würdigen, denn man wird ja wohl annehmen können, daß die Parteien durch eine teilweise Beschränkung des Entlassungsrechtes zeigen wollen, daß ihnen der eine oder der andere Grund nicht als erheblich erscheint.[17]) Unzulässig ist auch eine Beschränkung des Entlassungsrechtes etwa auf dem Weg der Erschwerung durch eine Art von Vertragsstrafe, die der Arbeitgeber bei der Kündigung entrichten müßte. Dagegen ist es wohl angängig, eine Vereinbarung dahin zu treffen, daß ein Schiedsgericht über das Vorliegen eines w.G. und damit über die Entlassungsberechtigung zu entscheiden habe.

3) Wie steht es nun mit der Erweiterung des Rechtes zur fristlosen Entlassung? Darunter ist der Fall zu verstehen, daß die Parteien im Wege freier Vereinbarung den vom Gesetzgeber in § 72 HGB, §§ 123, 133c RGO aufgezählten Gründen noch weitere Entlassungsgründe hinzufügen, oder daß in den Fällen, wo ohne weiteres Kündigung aus jedem wichtigen Grund (§ 626 BGB, § 70 HGB, §§ 124a, 133b RGO) besteht, von vornherein bestimmt wird, daß gewisse Tatsachen unter allen Umständen einen Grund zur fristlosen Entlassung bilden. Die Rechtslehre ist vorwiegend der Ansicht, daß die Parteien für den Fall des Eintritts oder Nichteintritts eines bestimmten Ereignisses das Recht der sofortigen Kündigung vereinbaren können, so z. B. für den Fall, daß der Handlungsgehilfe das 4. Mal ohne ausreichende Entschuldigung um mehr als eine Viertelstunde zu spät im Geschäft erscheint, oder daß der Gehilfe auch nur ein einziges Mal im Geschäft oder an bestimmten Orten raucht.[18]) Derartige Verfehlungen werden ja an sich nicht als wichtige Gründe anzusehen sein, aber die Macht der Parteien soll der herrschenden Lehre gemäß so groß sein, sie zu wichtigen Gründen zu machen.

Davon ist von vornherein zu sagen, daß auch das Vorliegen eines solchen durch Parteivereinbarung aufgestellten Grundes nicht schlechthin die Aufkündigung des Vertrages durch den Arbeitgeber rechtfertigen kann. Denn wie bei den Handlungsgehilfen die Gründe des § 72 HGB eine besondere

---

[17]) Die Stellungnahme des RG zu der ganzen Frage ist schwankend; vgl. RGZ 75, 238; 78, 389; 94, 235.

[18]) Vgl. Lotmar I S. 619; Oertmann S. 228; Staudinger § 626 Anm. VII; Staub-Koenige § 70 Anm. 10; Planck § 626 Anm. 1; Rohrscheidt RGO § 124a Anm. 2; Hueck S. 56.

Beurteilung gestatten, so ist dies zweifellos auch bei den vertraglich festgesetzten Entlassungsgründen der Fall. Zwar bringt die Vereinbarung zum Ausdruck, wie erheblich der Geschäftsherr eine Verletzung der vertraglich übernommenen Pflichten ansieht, trotzdem wird man aber dem Gericht das Recht zubilligen müssen, nachzuprüfen, ob nicht eine mildere Auffassung aus besonderen Gründen am Platze ist.[19])

Man wird im Anschluß an die herrschende Lehre den Parteien das Recht zugestehen müssen, die Zahl der Gründe zur fristlosen Entlassung zu erweitern, denn wenn die Vertragskontrahenten schon die ordentliche Kündigung gemäß § 122 RGO im Arbeitsvertrag, besonders aber in den Tarifverträgen ausschließen und damit bestimmen können, daß jederzeit sofortige Kündigung zulässig sein soll, dann muß erst recht eine Vereinbarung möglich sein, wenigstens bei Vorliegen bestimmter Gründe fristlos kündigen zu dürfen. (Vgl. Hueck S. 56). Allerdings finden derartige Vereinbarungen zunächst formell eine Einschränkung in den Bestimmungen der § 134b, Abs. 1 Ziff. 3 und § 134c Abs. 2 RGO. Das gleiche gilt auch für offene Verkaufsstellen, in welchen in der Regel mindestens 20 Gehilfen und Lehrlinge beschäftigt werden (§ 139k Abs. 3). Für die übrigen Angestellten, auch für die gewerblichen (§ 133g RGO) gilt diese Einschränkung nicht. Beschränkungen rein materieller Natur sind darin zu finden, daß in den Fällen, wo eine Vereinbarung des Kündigungsausschlusses nicht möglich ist, weil für Angestellte eine bestimmte Mindestdauer der ordentlichen Kündigungsfrist vorgeschrieben ist (§ 67 HGB und § 133aa RGO), sie auch nicht auf dem Weg der Ausbedingung zahlreicher Gründe zur fristlosen Entlassung eingeführt werden darf.

Weiterhin können Abmachungen über die Gründe zur fristlosen Entlassung deshalb unwirksam sein, weil sie eben gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen, wonach die Kündigungsbedingungen für den Arbeitnehmer nicht ungünstiger sein dürfen als für den Arbeitgeber (§§ 122, 133aa RGO; § 67 HGB). Denn wenn gegenüber dem Arbeitnehmer sehr viele Gründe zur fristlosen Entlassung vereinbart werden, während gegenüber dem Arbeitgeber keine oder nur wenige Gründe zum fristlosen Austritt ausbedungen sind, kann eine solche Abmachung sich als Verstoß gegen die Gleichheit der Kündigungsfristen auswirken. Wird auf diese Weise durch

---

[19]) Vgl. K.G. Berlin in A E Bln. 25 Nr. 218.

die Vereinbarung bestimmter Entlassungsgründe z.B. das Abhängigkeitsverhältnis eines Handlungsgehilfen in sittenwidrigem Maße gesteigert, dann ist eine solche Vereinbarung nichtig. Wenn z.B. der Arbeitgeber in seinem Geschäft eine in das einzelne gehende Geschäftsordnung von seinem Personal unterschreiben läßt und in dieser gesagt wird, daß jede Zuwiderhandlung gegen die Geschäftsordnung oder gar jede sonstige Verletzung der Dienstpflicht zur sofortigen Entlassung berechtigt, so gerät dadurch der Arbeitnehmer in ein allzu drückendes Abhängigkeitsverhältnis.[20]) Bei der Beurteilung besonders in den Vertrag aufgenommener Entlassungsgründe ist immer darauf Rücksicht zu nehmen, daß der Prinzipal auf die besonders erwähnten Punkte einen gesteigerten Wert gelegt hat.[21])

Vielfach vereinbaren die Parteien in ihren Arbeitsverträgen, daß das Arbeitsverhältnis „ohne Aufkündigung enden solle," wenn die und die Ereignisse eintreten. Hier wird die Vertragsauslegung erst feststellen müssen, ob die Parteien für die gedachten Fälle ein ipso jure Erlöschen des Vertrages und nicht vielmehr nur die Normierung eines unbefristeten Kündigungsrechtes beabsichtigt haben (Titze S. 731). Im Zweifel wird man sich für das letztere entscheiden müssen. Das Ereignis, an dessen Eintritt das Kündigungsrecht geknüpft ist, darf nicht auf Seiten des Berechtigten eine Potestativbedingung sein oder auch nur im praktischen Ergebnis auf eine solche hinauslaufen. Denn andernfalls würde in der Vertragsbestimmung eine Umgehung der zwingenden Vorschrift des § 67 Abs. 1 HGB zu finden sein, die für die der Partei freigegebene Kündigung eine Mindestfrist von einem Monat fordert (Titze S. 732). Aus diesem Grund wären Vereinbarungen derart, daß der Arbeitgeber einen Handlungsgehilfen fristlos entlassen kann, wenn ihn „die Leistungen" des Angestellten nicht befriedigen, schlechthin unzulässig und ungültig; denn hier wäre ja der Arbeitnehmer von vornherein der Willkür seines Prinzipals preisgegeben. Anders ist es natürlich, wenn eine Minderleistung des Angestellten wirklich objektiv vorliegt. Ob diese in allen Fällen das fristlose Entlassungsrecht zu rechtfertigen vermag, soll später eingehender untersucht werden.

---

[20]) Vgl. Landmann RGO § 123 Anm. 2b; Titze S. 732; Staub-Koenige § 70 Anm. 10; Neukamp RGO § 123 Anm. 1, der verlangt, daß auf beiden Seiten die gleichen oder entsprechende Gründe vereinbart werden.

[21]) Vgl. Arb.Ent. 25 Berlin Nr. 218.

§ 5.

Ausspruch der fristlosen Entlassung.

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer gegenüber die Entlassung in Form einer Kündigung auszusprechen und zwar auf die Weise, daß diese Kündigung fristlos, d.h. für sofort wirke. Notwendig ist vor allen Dingen eine klare Willenserklärung auf Seiten des Arbeitgebers, denn gerade bei der schwerwiegenden Folge einer fristlosen Entlassung und den Einspruchsmöglichkeiten, die sich für den Arbeitnehmer nach den Bestimmungen des BRG ergeben, ist es unbedingt notwendig, daß dieser genau weiß, wie er daran ist; für Unklarheiten in der Ausdrucksweise ist bei der Erklärung der sofortigen Kündigung kein Platz. Allerdings darf man nicht verlangen, daß bei der fristlosen Kündigung dem Arbeitnehmer gegenüber das Wort „kündigen“ gebraucht werde; aber es muß unter allen Umständen aus den gebrauchten Worten unzweideutig der Wille hervorgehen, das Vertragsverhältnis sofort aufzulösen. Aus dem bloßen Verzicht auf die Dienste wird man nicht ohne weiteres eine fristlose Entlassung herauslesen können. Faßt der Gekündigte die Erklärung anders auf, als es dem Willen des Arbeitgebers entspricht, so kann dieser seine Erklärungen berichtigen, soweit dies überhaupt noch möglich ist.[22]) Auch das RAG äußert sich in einem Urteil vom 27. 3. 29 (Arb.Prax. 1929 S. 149) dahin: „Der Begriff der Kündigung erfordert, daß der Wille des Kündigenden, das bisherige Arbeitsverhältnis zu lösen, dem andern Teil gegenüber klar und unzweideutig zum Ausdruck kommt, damit sich dieser über die durch die Erklärung der Kündigung geschaffene Rechtslage klar wird.“

Es ist möglich, eine Kündigung aus w.G. nicht mit sofortiger Wirkung zu erklären, vielmehr kann diese auch auf einen späteren Zeitpunkt bezogen werden. Ein solcher Fall liegt z.B. dann vor, wenn der Prinzipal dem Handlungsgehilfen gegenüber äußert: „Vom nächsten Ersten ab sind Sie entlassen.“ Hier erfolgt die Kündigung nicht für sofort, sondern für einen späteren Zeitpunkt. Diese Kündigung, die eine Art Mittelding zwischen ausserordentlicher Kündigung und gewöhnlicher Kündigung darstellt, ist auch häufig dann gegeben, wenn die Parteien für bestimmte Fälle das Recht der vorzeitigen Kündigung bezw. Entlassung ausbedungen haben. Hier kann die Auslegung des betreffenden Vertrages

[22]) Vgl. RGZ 91, 309; Sigel 158; Staub-Koenige § 66 Anm. 10, § 70 Anm. 1; ROLG Bd. 3, 94.

ergeben, daß die Parteien zwar für die besonderen Fälle von den gesetzlichen Erfordernissen, z. B. des § 66 HGB, haben dispensiert werden wollen, immerhin aber die Kündigung an eine „angemessene Frist", die natürlich immer kürzer sein muß wie die ordentliche Kündigungsfrist, binden wollten.

Daß für den Ausspruch und die Geltendmachung der fristlosen Entlassung die allgemeinen Regeln der ordentlichen Kündigung gelten, ist insoferne selbstverständlich, als eben die Entlassung auch nichts anderes als eine Kündigung darstellt. Die bloße Tatsache des Vorliegens eines w.G. bringt das Dienstverhältnis nicht von selbst zur Auflösung, sondern es bedarf dazu auf Seiten des Arbeitgebers einer bestimmten einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung. Es ist dem Ermessen des Dienstberechtigten überlassen, ob er von dem einmal entstandenen Kündigungsrecht Gebrauch machen will. Soll dies aber der Fall sein, dann muß er es dem andern Teil gegenüber zum Ausdruck bringen, und erst mit dem Augenblick, an dem dies geschehen ist und ein w.G. im Sinne des Gesetzes vorliegt, gelangt das Dienstverhältnis zur Auflösung (Staub-Koenige § 70 Anm. 1 u. 11.).

In der Regel wird besonders bei gewerblichen Arbeitern die Entlassung mündlich erfolgen. Dann ist sie dem Arbeitnehmer mit dem Ausspruch bezw. mit dessen Vernehmung zugegangen, falls er nicht ohne eigenes Verschulden davon keine Kenntnis erlangt hat. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer taub oder schwerhörig ist. In diesem Fall bleibt dem Arbeitgeber nichts anderes übrig, als sich bei der Entlassungserklärung der gleichen Hilfsmittel zu bedienen, die auch sonst zum Verkehr mit dem betreffenden Arbeitnehmer erforderlich sind, also Verständigung durch Schrift oder durch entsprechende Zeichen. Vereitelt der Vertragsgegner die Entgegennahme der Entlassung durch schuldhaftes Verhalten, hält sich z.B. der Angestellte, dem gegenüber die Kündigung ausgesprochen wird, die Ohren zu, so ist die Entlassung gleichwohl als erfolgt anzusehen. Eine solche Handlungsweise stellt zweifellos einen Verstoß gegen Treu und Glauben dar.[23])

Erfolgt die Entlassung unter Abwesenden, d. h. in der Regel auf schriftlichem Wege, so gelten hier mit Hinblick auf das Zugehen und Wirksamwerden einer solchen Willens-

[23]) Vgl. Hueck S. 16; Staudinger Vorbem. zu §§ 620—628, Anm. 2b; Staub-Koenige § 66 Anm. 9.

erklärung die Regeln des § 130 BGB. Eine Erörterung des Begriffes des Zugehens ist im Rahmen dieser Abhandlung nicht am Platz. Auch hier wird man sagen könnnen, daß dem Arbeitnehmer, der böswillig das Zugehen einer schriftlichen Willenserklärung verhindert, indem er z.B. dem Briefboten keinen Zutritt gewährt, die Kündigung doch als zugegangen gilt, hier in dem Zeitpunkt, in dem er sie unter regelmäßigen Umständen erhalten hätte.[24]) Der Entlassungsbrief reist auf Gefahr des Absenders, der damit auch die Gefahr der rechtzeitigen Ankunft trägt. Eine durch Verschulden des Vertragsgegners verspätet zugegangene Entlassung gilt als rechtzeitig zugegangen. Kennt der Arbeitgeber den augenblicklichen Aufenthalt des Arbeitnehmers nicht, so kann die Entlassung nach § 132 Abs. 2 BGB im Wege der öffentlichen Zustellung erfolgen.

Grundsätzlich wird die Entlassung vom Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer direkt ausgesprochen. Wird in einem Betrieb mit mehreren Inhabern oder Geschäftsführern ein Angestellter von einem Prinzipal entlassen, bleibt er aber auf Verlangen des anderen weiter tätig, so wird mit Rücksicht auf diesen Widerspruch von einer fristlosen Entlassung wohl nicht die Rede sein können. Belanglos ist, ob der Arbeitgeber sich zur Entlassung eines Boten bedient, denn dieser ist ja lediglich der „verlängerte Arm" des Entlassenden, er hat ja nur die fremde Willenserklärung zu überbringen. Es ist aber auch eine Entlassung durch einen Bevollmächtigten möglich, nur ist hier zu beachten, daß der Arbeitnehmer gemäß § 174 S. 1 BGB die Entlassungserklärung unverzüglich zurückweisen kann, wenn „der Vertreter nicht eine Vollmachtsurkunde vorlegt", und daß dann nach der Bestimmung des Gesetzes diese Kündigung unwirksam ist. Zu beachten ist auch § 174 S. 2 BGB. Hiernach ist die Zurückweisung dann ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber, also der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte. Ein derartiges Inkenntnissetzen liegt zweifellos vor bei der Entlassung durch einen Prokuristen, dessen Vollmacht ja durch Eintragung in das Handelsregister gegenüber allen Dritten erkennbar wird. Deshalb kann die von einem Prokuristen ausgesprochene Entlassung mangels Nichtvorlegung einer Vollmachtsurkunde vom Arbeitnehmer nicht zurückgewiesen werden, ja man wird sogar sagen können, daß diejenigen Personen, die im Betrieb das Einstellen der Arbeiter

[24]) Hueck S. 17; Staudinger a.a.O., Staub-Koenige a.a.O.

gewöhnlich selbst besorgen und im allgemeinen auch selbständig kündigen, unter denjenigen Personenkreis fallen, von deren Vollmacht der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer allgemein in Kenntnis gesetzt hat (ähnlich Staub-Koenige HGB § 66 Anm. 12). Dies wird auch am meisten den Bedürfnissen des praktischen Wirtschaftslebens genügen.

Die Kündigung muß erkennbar im Namen des Arbeitgebers erfolgen (§ 164 BGB); dies wird sich aber regelmäßig ohne ausdrückliche Erklärung dann aus den Umständen ergeben, wenn ein Prokurist oder ein Werkmeister mit selbständiger Befugnis kündigt. Für den Fall, daß der „Vertreter" überhaupt keine Vollmacht gehabt hat, gibt die Bestimmung des § 180 BGB Aufschluß. Für den Arbeitnehmer, der irgend einen Zweifel an der Vertretungsmacht des Kündigenden hat, ist es am besten, wenn er die Vorlegung einer Vollmachtsurkunde verlangt und andernfalls die Kündigung abweist. Kann die Bevollmächtigung nicht nachgewiesen werden, dann ist die Entlassung auf jeden Fall nach § 174 BGB unwirksam.

Unabhängig von den Fällen, in denen die Entlassung durch einen Bevollmächtigten erfolgt, sind die Fälle, wo die Entlassung durch einen Dritten in eigenem Namen ausgesprochen wird. Eine vertragliche Bestimmung dieser Art ist zulässig (RGZ 96, 197). Zu dieser Entscheidung des RG hat die Bestimmung in einem Dienstvertrage Anlaß gegeben, wonach dem Schriftleiter eines einer OHG gehörenden, jedoch nach den Weisungen einer politischen Partei herausgegebenen Blattes nicht vom Dienstberechtigten (der OHG), sondern vom Vorstand oder einem Organ der Partei gekündigt werden dürfe. (Fall des Schriftleiters des „Vorwärts"). Das RG hat diese Vertragsbestimmung mit Recht für zulässig erachtet.

Für den Fall, daß auf Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerseite bei der fristlosen Entlassung Minderjährige beteiligt sind, gelten die allgemeinen Regeln des BGB. (§ 111 ff BGB.)

Die fristlose Entlassung kann in jeder Form ausgesprochen werden, mündlich, fernmündlich, schriftlich, telegraphisch, ja sie kann auch durch schlüssige Handlungen, „konkludent", erfolgen. Allerdings besteht hier für die Parteivereinbarung ein weiter Spielraum. Es kann durch Vertrag (§ 127 BGB), besonders auch durch Tarifvertrag oder die Arbeitsordnung schriftliche Form der Entlassung ausbedungen werden. Erfolgt in einem derartigen Fall die Kündigung mündlich, so verstößt sie gegen die Form und ist deshalb

unwirksam, wenn der andere Teil sie aus diesem Grund unverzüglich zurüchweist. Erhebt er dagegen keinen Widerspruch, sondern nimmt er die nicht der vereinbarten Form entsprechende Kündigung vorbehaltlos an, so liegt darin ein Verzicht auf das ihm aus der betreffenden Abmachung zustehende Recht auf Einhaltung der Formvorschrift, die Kündigung ist dann auch formlos gültig (Vgl. Kaskel S. 120 Anm. 3 und Hueck S. 18). Hueck nimmt im Zweifel eine stillschweigende Zustimmung zur formwidrigen Kündigung nach Treu und Glauben an, wenn der andere Teil nicht unverzüglich widerspricht. Im Gegensatz zu der Ansicht Huecks, der die häufig vorkommende Einschreibeklausel nur auf die ordentliche Kündigung anwenden will, ist der Meinung Volkhausens (Seite 7) beizutreten, der der Einschreibeklausel auch im Fall der fristlosen Entlassung Bedeutung zumißt. Denn das Beweismaterial, das die Parteien nach Volkhausen für den Zeitpunkt der Erklärung schaffen, ist zweifellos auch bei der fristlosen Entlassung wichtig. Denn zu diesem Zeitpunkt muß ja der w.G. objektiv vorliegen. Tritt er erst später ein, dann ist zu diesem Zeitpunkt die Entlassung auf jeden Fall unwirksam und gewinnt erst von einem späteren Zeitpunkt an rechtliche Bedeutung.

Ist einmal die fristlose Entlassung ausgesprochen, so ist sie auch für den Arbeitgeber bindend; es würde dem Bestreben, durch die fristlose Kündigung klare Verhältnisse zu schaffen, widersprechen, wenn es dem Arbeitgeber freistünde, einseitig die Entlassung zu widerrufen. Denn es ist doch immer zu bedenken, daß der Ausspruch der Entlassung für den Angestellten eine ganz neue Situation schafft, die ihrerseits wiederum eine Reihe von Handlungen bei dem Arbeitnehmer auslöst, wie etwa den Einspruch bei dem Gruppenrat oder das Aufsuchen einer neuen Stellung. Widerruflich ist die Entlassungserklärung auf jeden Fall für den Arbeitgeber nur dann, wenn der Arbeitnehmer zu dieser Rückgängigmachung seine Zustimmung gibt. (Hueck S. 117.).

Sehr bestritten im Gebiete der fristlosen Entlassung ist die Frage, ob an eine Kündigung, und als solche stellt sich ja auch die Entlassung dar, eine Bedingung geknüpft werden kann. Nun ist richtig, daß der Gesetzgeber nirgends direkt ausgesprochen hat, daß die Kündigung eines der sogenannten bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäfte sei, ja daß vielmehr der Wortlaut des § 643 BGB, der allerdings den Werkvertrag betrifft, für die Möglichkeit der Zufügung einer Bedingung an eine Kündigungserklärung spricht. Diese Meinung wird auch

von einer ganzen Reihe von Schriftstellern vertreten, die davon ausgehen, daß grundsächlich jedes, auch das einseitige Rechtsgeschäft mit einer Bedingung versehen werden kann, soweit nicht vom Gesetz das Gegenteil unmittelbar ausgesprochen wird oder sich aus der Natur des Rechtsgeschäftes ergibt.[25]) Dieser zum großen Teil auch von der Rechtsprechung abgelehnten Meinung wird man nicht beitreten können. Würde man an eine Entlassungserklärung eine Resolutivbedingung anknüpfen, so wäre der Arbeitnehmer, der in der Zwischenzeit notwendigerweise eine neue Stellung angenommen hat, ständig in einer unsicheren Lage, weil er damit rechnen müßte, beim Eintritt der Bedingung in sein altes Arbeitsverhältnis zurückgeholt zu werden. Daß man den Angestellten bei den heutigen Verhältnissen nicht in eine derartige Situation bringen kann, bedarf keiner weiteren Begründung. Aehnlich ist es auch, wenn man die Entlassung mit einer Suspensivbedingung versehen könnte. Auch hier würde das Weiterbestehen des Dienstverhältnisses an ein unsicheres Ereignis geknüpft sein, der Zweck der Entlassung, klare Verhältnisse zu schaffen, wäre direkt in das Gegenteil verkehrt.

Aus diesen Gründen heraus kommt die herrschende Meinung zu dem Ergebnis, daß die Kündigung und damit auch die Entlassungserklärung unter keinen Umständen mit einer Bedingung versehen werden kann.[26]) Auch die Androhung der fristlosen Entlassung für die Zukunft ersetzt eine neuerliche Entlassungserklärung nicht, wenn der Vorfall, der Anlaß zur Verwarnung gegeben hat, sich wiederholt (KG Berlin in AE Bln 25 Nr. 171). Gerade in seinen neuesten Entscheidungen bestätigt auch das RAG die hier vertretene Meinung. Demnach soll den Beteiligten kein Zweifel darüber gelassen werden, daß und wann der gekündigte Vertrag sein Ende erreicht.[27]) Das Hauptmotiv, aus dem die Zufügung einer Bedingung an eine Entlassungserklärung abzulehnen ist, besteht zweifellos darin, daß der wirtschaftlich schwächere Arbeitnehmer es sich nicht gefallen zu lassen braucht, durch eine bedingte Entlassung in eine unsichere Lage versetzt zu werden. (Hueck S. 24). Liegt nun aber der Fall so, daß der Eintritt der Bedingung ausschließlich von dem Willen

---

[25]) Vgl. Staub-Koenige § 66 Anm. 10; Staudinger BGB Vorbemerkung 6 zu § 158; Ritter HGB § 66 Anm. 2; Lotmar I Seite 575 u.a.m.

[26]) Vgl. RGR Komm. § 158 Vorbem 5; Planck § 158 Vorbem. 3d; Rohrscheidt RGO § 122 Anm. 1; RGZ 91, 309.

[27]) Vgl. RAG in Arb. Prax. 1929 S. 148, 168, 180.

des Gekündigten abhängt, mit anderen Worten, handelt es sich um eine Potestativbedingung, die der Arbeitnehmer allein erfüllen kann, dann wird man eine solche Bedingung zulassen müssen, allerdings auch mit der Einschränkung, daß der Gekündigte bei Zugehen der Erklärung sich sofort entscheiden kann, ob er die Bedingung erfüllen will oder nicht. Denn in diesem Fall entsteht ja für ihn keine Ungewißheit. Die Möglichkeit einer Potestativbedingung beim Ausspruch der fristlosen Entlassung verstößt auch nicht gegen den jetzt immerhin allgemeinen Grundsatz, daß die Kündigung an sich bedingungsfeindlich sei, denn Potestativbedingungen sind ja in diesem Sinn keine echten Bedingungen, bei denen die Wirksamkeit der Willenserklärrung von einem „ungewissen" künftigen Ereignis abhängt. Anders liegt aber der Fall auch bei der Potestativbedingung, wenn der Vertragsgegner sich nicht sofort über deren Erfüllung klar werden kann, wenn also bei dieser Ueberlegung ein längerer Zeitraum vergehen müßte; denn hier tritt wieder das Moment der Ungewißheit in den Vordergrund und demzufolge ist eine derartige Entlassungserklärung als unwirksam anzusehen. Eine ähnliche Situation ist vorhanden, wenn die Erfüllung der Bedingung durch den Arbeitnehmer sich nicht ohne weiteres von jedem Dritten klar feststellen läßt, sondern etwa der Arbeitgeber darüber zu entscheiden hat (z. B. Bedingung besserer Arbeitsleistungen).[28]).

Wenn man von dem im bürgerlichen Recht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit und vom Fehlen eines gesetzlichen Verbotes für eine bedingte Kündigung ausgeht, so wird man annehmen müssen, daß eine bedingte Entlassung doch in den Fällen wirksam wird, wo der Arbeitnehmer ausdrücklich damit einverstanden ist. Da man es hier nur mit einer Schutzvorschrift zugunsten des Arbeitnehmers zu tun hat, ist es klar, daß derjenige, zu dessen Gunsten eine solche Vorschrift erlassen ist, auch auf deren Einhaltung wird verzichten können. Allerdings wird man an einen Verzicht etwa durch konkludente Handlung sehr strenge Anforderungen stellen müssen, wenn man die schwerwiegende Folge der fristlosen Entlassung für den Arbeitnehmer in Betracht zieht. Man wird verlangen müssen, daß die Zustimmungserklärung des Arbeitnehmers in diesem Fall klar zum Ausdruck gebracht wird, denn in sehr vielen Fällen wird der Arbeitnehmer sich aus Angst nicht äußern und es geht nicht an, aus diesem

[28]) Vgl. Hueck S. 25; Kaskel S. 120 Anm. 5; Landmann RGO § 122 Anm. 2; Volkhausen S. 29.

Schweigen heraus, einen Verzicht zu konstruieren, der den Arbeitnehmer dann in den vorhin geschilderten Zustand der Abhängigkeit und Unsicherheit bringt.

Die Entlassung ist am passenden Ort und zur passenden Zeit zu erklären. Daß der Begriff „passend" je nach dem Ortsgebrauch ein verschiedener ist, ergibt sich ohne weiteres. Auf jeden Fall wird eine Entlassung innerhalb der Geschäftsräume während der Arbeitszeit immer möglich und wirksam sein. Wie weit nun außerhalb der Arbeitszeit und außerhalb der Geschäftsräume gekündigt werden darf und der Empfänger dann zur Zurückweisung einer in diesem Falle unwirksamen Kündigung befugt ist, hängt im wesentlichen von der Verkehrssitte ab. Dementsprechend wird man dem Arbeitgeber ein Recht, etwa zur Nachtzeit die Kündigung auszusprechen, nicht zubilligen können. Wenn vielfach die Ansicht vertreten wird, eine Kündigung an einem Sonntag oder staatlich anerkannten Feiertag sei unzulässig, weil das der Verkehrssitte widerspreche, so ist diese Meinung einzuschränken. Ein Recht, am Sonntag oder an einem Feiertag mündlich zu kündigen, und auch von dem Arbeitnehmer angehört zu werden, wird man dem Arbeitgeber nur dort einräumen können, wo die Ortssitte dies zuläßt. Z.B. wird auf dem flachen Land, wo ja in der Erntezeit auch Sonntags gearbeitet wird, der Landwirt seinen Knecht ohne weiteres an diesem Tag entlassen können; anders ist es natürlich bei dem Arbeitsverhältnis des gewerblichen Arbeiters in städtischen Großbetrieben.

Praktisch ist ja auch das Zugehen einer Willenserklärung an Sonntagen möglich, man denke nur daran, daß auch die Post an diesen Tagen bestellt; es ist direkt widersinnig und steht in einem krassen Widerspruch zu den heutigen Verkehrsbedürfnissen, die an einem Sonn- oder Feiertag abgegebenen Willenserklärungen etwa aus dem Grunde für unwirksam zu erklären, weil sie gerade an einem Sonntag zugegangen sind.[29]) An Wochentagen muß die Kündigung wohl zur Geschäftszeit erfolgen. Wird eine unzeitgemäße Kündigung nicht beanstandet, so kann sie auch nicht nachträglich für unwirksam erklärt werden. (Hueck S. 23.).

---

[29]) Vgl. Planck BGB § 193 Anm. 2; geteilter Meinung Staudinger BGB Vorbem. 2b zu § 620 — 28; Staub-Koenige HGB § 66 Anm. 11; Hueck, S. 22; Lotmar I S. 567.

§ 6.
Begründung und Rechtfertigung der fristlosen Entlassung.

Bedeutungsvoll im Gebiet der fristlosen Entlassung ist die Frage, ob der Arbeitgeber bei der Kündigung den w.G. anzugeben hat oder nicht. Im Bereich der öffentlich-rechtlichen Kündigungsvorschriften des BRG begründet, wie später noch zu erörterrn sein wird, die Nichtangabe des Kündigungsgrundes den Einspruch gegen die Kündigung gemäß § 84 Abs. 1 Ziff. 2 BRG. Doch ist davon die privatrechtliche Beendigung des Arbeitsvertrages zu unterscheiden. Stellt man sich auf den Standpunkt, der Arbeitgeber sei zur Angabe des Grundes verpflichtet und erfüllt er diese Verpflichtung nicht, dann entfällt damit auch die Wirksamkeit der Kündigung und der Arbeitgeber befindet sich im Annahmeverzug mit den rechtlichen Folgen der §§ 293, 615 BGB. Die herrschende Lehre ist der Meinung, eine derartige privatrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers zur Angabe des Entlassungsgrundes bei der Kündigung bestehe nicht, da ja der w.G. nur objektiv vorzuliegen habe, während das subjektive Moment in den Hintergrund trete.[30]) Das Gesetz selbst sagt über diese Frage nichts. Die Stellungnahme der herrschenden Lehre führt dazu, daß man im Prozeß auch andere als bei der Entlassung angegebene Umstände verwerten darf. Oertmann wendet gegen die herrschende Lehre vor allem ein, das schutzbedürftige Interesse des Entlassenen erfordere es, daß ihm über den Grund und damit über die Wirksamkeit der Entlassung Aufschluß erteilt werde. Allerdings muß auch er zugeben, daß die Angabe des w.G. kein formelles Erfordernis sei und daß diese überall da unterbleiben dürfe, wo der Entlassene sich bereits ohnedies über den Entlassungsgrund klar geworden sei oder doch hätte klar werden müssen. Allerdings wird man wohl vom Standpunkt der Billigkeit aus eine Angabe des Grundes verlangen können. Das RG hat in einem Urteil vom 19. 5. 25 (NAK) die Ansicht vertreten, daß der Dienstherr dem Dienstverpflichteten bei Ausspruch der fristlosen Entlassung Gelegenheit geben müsse, sich von dem Vorwurf der Pflichtwidrigkeit zu entlasten. Wie könnte das anders erfolgen, als daß zunächst der Arbeitgeber dem zu Entlas-

[30]) Vgl. RGZ 32, 249; 88, 128; Staub-Koenige § 70 Anm. 3; JW 1903, 389; ROLG 7, 384; Hueck S. 52; Rohrscheidt RGO § 123 Anm. 1; Düringer-Hachenburg HGB § 70 Anm. III, 2; — a.M. Oertmann S. 224; Volkhausen S. 31.

senden den Grund der Kündigung mitteilt? Doch wird man nicht so weit gehen dürfen wie Volkhausen, (Seite 31, 32) der dem Arbeitgeber unmittelbar eine Pflicht zur Bekanntgabe des Grundes bei der Entlassung auferlegt.

Der Kündigungsgrund muß natürlich immer eine Beziehung zu dem Arbeitsverhältnis selbst haben. Es genügt nicht ein beliebiger Umstand, der den Parteien dessen Auflösung subjektiv wünschenswert erscheinen läßt. Ein Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis ist aber nach Oertmann (S. 222) dann anzunehmen, wenn der w.G. sich bezieht entweder unmittelbar auf die vertragliche Leistung oder doch auf die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten. Ihr Zerwürfnis hat zunächst mit der vertraglichen Leistung selbst nichts zu tun und wo diese ohne nennenswerte persönliche Fühlungsnahme vor sich geht, wie dies meist bei kleineren und mittleren Angestellten in einem Großbetrieb der Fall ist, wird eine Trübung der persönlichen Beziehungen allein auch keine Entlassung begründen können. Anders ist es natürlich da, wo das Arbeitsverhältnis seinen persönlichen Einschlag und Ursprung noch mehr erhalten hat, z.B. bei den Hausgehilfen. Es kann z.B. ein persönlicher Zwist, der bei einem in dem rein sachlich eingestellten Großbetriebe beschäftigten Arbeiter belanglos wäre, bei dem Gesinde oder bei den fast zur Familie gehörenden Gesellen in gewerblichen Kleinbetrieb leicht als Grund zur fristlosen Entlassung anerkannt werden. Da es bei der Frage der Wichtigkeit des Grundes nicht auf die Ursache, sondern auf die Wirkung ankommt, ist es gleichgültig, ob die Ursache schon vor Abschluß des Vertrages liegt. Es genügt, wenn die Wirkung nach Abschluß des Dienstvertrages entsteht und auf das Arbeitsverhältnis Bezug hat (RG in JW 1907 S. 543). Demnach können auch Tatsachen, die sich vor dem Abschluß des Arbeitsvertrages ereignet haben, einen Grund zur Entlassung bilden, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß sie noch späterhin in das Arbeitsverhältnis hinein fortwirken. Doch darf als ausreichende Fortwirkung nicht schon die bloße subjektive Befürchtung des Vertragsgegners, daß das frühere Ereignis ihm nachteilig sei, angesehen werden. Vielmehr muß sich bei objektiver Beurteilung eine Beeinflussung des Vertragsinhaltes durch die früheren Ereignisse ergeben. In der angegebenen Entscheidung handelt es sich darum, daß ein Angestellter vor der Anstellung eine Zuchthausstrafe verbüßt hatte, von der der Arbeitgeber erst später erfuhr. Bei einer derartigen Sachlage wird zweifellos auch durch die vor der Beschäftigung liegenden Umstände das Vertragsverhältnis nachträglich derart

beeinflußt, daß dem anderen Teil ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann. Was Vorstrafen des Arbeitnehmers in der Zeit vor der Anstellung anlangt, so ist noch zu bemerken, daß es an sich den heutigen Anschauungen widerspricht, weit zurückliegende Vorstrafen unbeschränkt zu ungunsten des Arbeitnehmers zur verwerten; man denke nur an die Tendenz des Gesetzes über unbeschränkte Auskunft aus dem Strafregister. Ebenso wird man bei einem gewöhnlichen Arbeiter eine geringere Vorstrafe, die vor dem Eingang des Vertragsverhältnisses liegt, nicht als w.G. ansehen können, da es sich hier um keinen größen Vertrauensposten handelt, selbst wenn eine Verurteilung zu einer derartigen Strafe während des Arbeitsverhältnisses einen w.G. nach § 123 Abs. 1 Ziffer 2 RGO abgeben würde. Verschweigen einer Vorstrafe durch einen Handlungsgehilfen kann, muß aber keineswegs immer Kündigungsgrund sein. Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers über die Vorstrafen besteht, wenn die Verurteilung unmittelbar vor der Anstellung des Arbeitnehmers stattgefunden hat (Bensheimer Slg. II S. 178 LAG). Daneben wird auch wahlweise für den Arbeitgeber eine Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums (§ 119 BGB) oder wegen Täuschung möglich sein. (Vgl. Staub-Koenige § 70 Anm. 24 und Volkhausen S. 16 ff. wegen der verschiedenen Rechtsfolgen der fristlosen Entlassung und der Anfechtung.)[31]) Tritt ein w. G. erst nach Vornahme einer ordentlichen befristeten Kündigung ein oder wird er dem Arbeitgeber erst nach diesem Zeitpunkt bekannt, dann ist auch eine fristlose Entlassung möglich. Diese ist nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil die eine oder die andere Partei sich bereits der befristeten Kündigung bedient hat. Der Arbeitgeber ist also in der Lage, während der ordentlichen Kündigungsfrist aus dem Verhalten des Arbeitnehmers einen w.G. zur Entlassung abzuleiten (Vgl. RAG Rspr. in Arbs. 28 S. 339).

Da der Arbeitgeber bei der Entlassung den Grund nicht anzugeben braucht, ist es auch möglich, Gründe die sich nach einer Kündigung ereignen, zu deren Rechtfertigung mit heranzuziehen. Ebenso liegt der Fall, wenn solche Umstände

---

[31]) Vgl. DJZ 1917, 1201; Staub-Koenige § 70 Anm. 8; Planck § 626 Anm. 3b; Staudinger § 626 Anm. II 1d; Oertmann § 626 Anm. 4; Hueck Nipperdey; — a.M. OLG Hamburg in Hans. Ger. Z. 26 Nr. 94; Düringer Hachenburg § 70 Anm. 1.

zwar schon im Zeitpunkt der Entlassung vorliegen, aber dem Arbeitgeber erst nach dieser bekannt werden.[32])

Wird die Entlassung erst mit später eintretenden Gründen gerechtfertigt, so gilt das Dienstverhältnis nicht schon mit dem Tag der ursprünglichen Entlassung, sondern erst mit dem Eintritt der späteren w.G. als beendigt. Die Folge davon ist, daß der Arbeitnehmer Lohnansprüche geltend machen kann, nicht nur bis zum Tage der ursprünglichen Entlassung, sondern bis zum Eintritt des nachträglichen Entlassungsgrundes.

Allerdings ist in diesen Fällen zu beachten, daß die Parteien sich, nachdem die Entlassung einmal ausgesprochen ist, nicht mehr in normalen Rechtsbeziehungen, sondern in einer Art Kampfverhältnis befinden, das die Pflicht gegenseitiger Rücksichtsnahme mindert, wenn auch nicht ganz aufhebt.[33]) Ein nach einer unberechtigten Entlassung gefallenes scharfes Wort des Gekündigten muß milder beurteilt werden, als dies im gewöhnlichen Arbeitsverhältnis der Fall ist, eine gewisse Verbitterung und Aufregung muß dem Arbeitnehmer unbedingt zugute gehalten werden. In dem Normalfall der außerordentlichen Kündigung wird die zur Entlassung führende Tatsache in der Regel kurz vorher dem Arbeitgeber bekannt geworden sein. Es wurde schon früher davon gesprochen, daß ihre Verwertung auch gelegentlich erfolgen kann unter Hinzuziehung anderer früherer Ereignisse, die zunächst noch zu gering waren, um einen w.G. abzugeben, oder die der Kündigende nicht als schwerwiegend erachtet hat. In diesem Zusammenhang können sogar Tatsachen verwertet werden, die der Arbeitgeber früher verziehen hat.

Aus der engen Verbindung zwischen Entlassung und dem Begriff des w.G. ergibt sich, daß diese unwirksam ist, wenn der w.G. nicht vorliegt. Und zwar ist die Kündigung als fristlose wirkungslos. Sie kann aber aufrecht erhalten bleiben als ordentliche Kündigung zum nächsten gesetzlichen Kündigungstermin. Denn bei jeder fristlosen Entlassung besteht auf Seiten des Arbeitgebers das Verlangen, auf jeden Fall das Arbeitsverhältnis zu lösen. Gelingt dies nicht sofort, so ist ohne weiteres

---

[32]) Vgl. RGZ 32, 249; 56, 373; 88, 127; JW 15 S. 653; Staudinger § 626 Anm. 5d; Staub-Koenige § 70 Anm. 7; Hueck S. 51; A.E.Bln. 1925 Nr. 200 ff. — dagegen: Meyer „Recht" 07, 690, der wegen neuer Gründe nur eine neue Kündigung zuläßt. Dieser Ansicht ist auch Volkhausen S. 18.

[33]) Vgl. Staub-Koenige § 70 Anm. 7; RGZ 88, 127.

ein dahingehender Wille des Arbeitgebers zu unterstellen, daß der Vertrag für den Zeitpunkt gekündigt sein soll, in dem die gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfrist abläuft. Dies ist allgemein anerkannte Ansicht (RGZ 105, 132; Hueck S. 52). De lege ferenda hat sie ihre Bestätigung in der Fassung des § 157 A.V.E. gefunden.

Es ist möglich, daß der Arbeitnehmer die fristlose Entlassung auch ohne Vorliegen eines w.G. annimmt, dann kommt eine von einer Kündigung wesensverschiedene, auf beiderseitiger Willensübereinstimmung beruhende Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zustande. Nimmt der Arbeitgeber zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses einen ganz geringfügigen Grund, der sich später auch im Prozeß als unwesentlich erweist, so kann dieses Verhalten des Arbeitgebers unter Umständen das Vertrauensverhältnis auf Seiten des Arbeitnehmers derart erschüttern, daß es diesem nach Lage der Dinge nicht mehr zugemutet werden kann, am Vertrag festzuhalten und dieser seinerseits hieraus einen Grund zur fristlosen Kündigung ableiten kann.

§ 7.
Zeitpunkt der Geltendmachung der Entlassung.

Es ist leicht möglich, daß im Zeitpunkt des Vorliegens eines wichtigen Grundes der Dienstvertrag als solcher schon abgeschlossen ist, der Arbeitnehmer aber tatsächlich die Arbeit noch gar nicht angetreten hat. In einem solchen Fall ist es statthaft, den Arbeitnehmer schon vor dem eigentlichen Dienstantritt mit sofortiger Wirkung zu entlassen. Planck (§ 626 Anm. 4) folgert dies aus dem Wortlaut des § 628 Abs. 1, Satz 1 BGB, der lediglich an die fristlose Kündigung nach Beginn der Dienstleistung die Ansprüche auf Teilvergütung knüpft und infolgedessen auch eine Kündigung vor Beginn der Dienstleistung als zulässig erscheinen läßt.[34]) Bei der fristlosen Entlassung kommt es dem Arbeitgeber auf die Lösung des Vertrages an. Praktisch hat es in einem solchen Fall keinen Sinn, etwa bis zum Antritt des Arbeitsverhältnisses zu warten und dann die Entlassung auszusprechen. Denn der Arbeitgeber hat umso eher Gelegenheit sich nach einer Stellung umzusehen; er kann sich, wenn er die Entlassung für ungerecht-

[34]) Vgl. Hueck S. 22; Lotmar I S. 519; Landmann RGO § 122 Anm. 2; — a.M. Recht 02, 269; Staub-Koenige § 66 Anm. 8, § 70 Anm. 1.

fertigt hält, auch mit seinem Einspruch an den Gruppenrat des betreffenden Betriebes wenden, denn seine Arbeitnehmerzugehörigkeit beginnt ja mit Abschluß des Dienstvertrages, nicht erst mit dem Antritt der eigentlichen Arbeit. Folglich ist er durch eine derartige Kündigung vor Arbeitsantritt auch nicht geschädigt.

Zu welchem Zeitpunkt muß nun der Arbeitgeber die Entlassung erklären, wenn er von ihren Voraussetzungen, dem Vorliegen eines wichtigen Grundes Kenntnis erlangt hat? Man wird nicht verlangen können, daß der Arbeitgeber sofort seine Kündigungserklärung abgeben muß, sondern man wird ihm wohl eine gewisse Zeitspanne einräumen müssen, innerhalb deren er sich schlüssig werden kann, ob er von seinem Entlassungsrecht Gebrauch machen will oder nicht. Auch das RG hat niemals die Auffassung vertreten, daß die fristlose Entlassung nicht in einem späteren Zeitpunkt, sondern nur sofort erfolgen könne. Es hat vielmehr in RGZ 56, 373 eingehend ausgeführt — allerdings zunächst nur in Bezug auf § 75 HGB, aber nach der Begründung mit allgemeiner Geltung — daß die Entlassung nicht sofort zu erfolgen braucht, daß jedoch da wo dies geschehe, stets zu prüfen sei, ob nicht im Behalten im Dienst trotz Eintritt eines w.G. eine Verzeihung der Vertragswidrigkeit zu finden sei. Man wird wohl nicht allgemein sagen können, daß die Entlassung binnen kürzester Frist erfolgen muß, aber doch verlangen können, daß sie nicht wider Treu und Glauben hinausgeschoben wird. An sich ist allerdings im Gesetz die sofortige Geltendmachung eines w.G. für die Entlassung nicht vorgeschrieben. In diesem Sinn ist auch der Ausdruck „sofortige Kündigung" nicht ganz zutreffend. Dieser soll lediglich betonen, daß der Arbeitgeber an keine Kündigungsfrist gebunden ist und die Wirkung seiner Erklärung (Beendigung des Arbeitsvertrages) sofort eintritt. Für die Frage der Rechtzeitigkeit der Entlassung kann es zweifellos von Bedeutung sein, daß der gesetzliche Vertreter eines Arbeitgebers im Innen-Verhältnis in seinen Befugnissen stark beschränkt ist. Für die Vertretung des Arbeitgebers nach außen hin — und um eine solche handelt es sich bei der Geltendmachung des Entlassungsrechtes gegenüber dem Arbeitnehmer — kommt diese Beschränkung im Innen-Verhältnis jedoch nicht in Frage (Rechtspr. in Arbs. 1928 Nr. 328). Nur in § 123 Abs. 2 RGO hat der Gesetzgeber die Ausübung des Entlassungsrechtes gegenüber gewerblichen Arbeitern an die Frist von einer Woche nach Kenntnis des w.G. auf Seiten des Arbeitgebers gebunden. Auch dadurch wird zum Ausdruck

gebracht, daß eine sofortige Kündigung nicht verlangt wird, sondern dem Arbeitgeber ein gewisser Zeitraum zur Ueberlegung bleiben soll. Solange die Woche nach § 123 Abs. 2 RGO noch nicht abgelaufen ist, erlischt das Recht der Entlassung nicht und kann dem Arbeitgeber nicht entgegengegehalten werden, daß er stillschweigend auf sein Recht verzichtet habe (Landmann RGO § 123 Anm. 12). Durch Verhängung einer Vertragsstrafe wird in der Regel das Vergehen, weil nach dem Vertrage gesühnt, als Entlassungsgrund auszuscheiden haben. Wann sind nun die der Entlassung zugrunde liegenden Tatsachen dem Arbeitgeber im Sinne des § 123 Abs. 2 RGO bekannt, und wann liegt ganz allgemein Kenntnis des Entlassungsgrundes vor? Nach einem in dieser Richtung vollkommmen zutreffenden Urteil des L.A.G. Görlitz vom 24. 11. 27 (unveröff. N.A.K.: Entlassung gewerblicher Arbeiter) liegt Kenntnis eines Entlassungsgrundes nicht schon vor, wenn der Arbeitgeber den „Verdacht" oder die „Vermutung" hat, daß die der Entlassung zugrunde liegende Tatsache gegeben ist; jedoch ist keinesfalls „Gewißheit" zur „Kenntnis" erforderlich. „Bekannt" ist die Tatsache schon, aber auch erst, wenn so zuverlässige Kenntnisquellen sie stützen, daß ein vernünftiger Mensch daraus die Ueberzeugung von der Wahrheit der Tatsache gewinnen würde, und außerdem der in Frage stehende Arbeitgeber diesen Ueberzeugungsschluß tatsächlich gezogen hat. Erst von diesem Zeitpunkt an läuft die Wochenfrist des § 123 Abs. 2 RGO; unter Umständen bringt also erst der über den Entlassungsgrund schwebende Rechtsstreit dem Arbeitgeber die Kenntnis. Bei gewerblichen Arbeitnehmern, die mit einer längeren als 14 tägigen Kündigungsfrist oder für eine festbegrenzte Zeit von mindestens 4 Wochen angestellt sind, ist die fristlose Entlassung infolge der längeren Kündigungsfrist wohl auch nach Ablauf der Wochenfrist des § 123 Abs. 2 RGO zulässig.[35]) Einschränkend ist aber hier zu bemerken, daß in diesem Fall besondere Umstände vorliegen müssen, die bei Geltendmachung der Entlassung länger als eine Woche nach Kenntnis des Grundes die Annahme eines Verzichtes oder der Verzeihung ausschließen.

---

[35]) Vgl. GG Hamburg in Hans.Ger.Ztg., Abtlg. Arb.Recht 2, 28 S. 124.

§ 8.

Verzicht und Verzeihung im Bereich der fristlosen Entlassung.

Der in der Aufwertungsgesetzgebung am offensichtlichsten zutage tretende Rechtsgedanke der Verwirkung spielt auch im Arbeitsrecht und insbesondere auch im Kündigungsrecht eine sehr große Rolle. Gerade mit der Frage des Zeitpunktes der Geltendmachung einer fristlosen Entlassung hängt auch die des Verzichtes und der Verzeihung auf das engste zusammen. Schon früher wurde der Fall des im Voraus erklärten Verzichtes auf das fristlose Kündigungsrecht überhaupt, ausführlich behandelt und ein derartiger Verzicht für unzulässig erachtet. Eine ganz andere Sachlage ist aber vorhanden, wenn das Kündigungsrecht für den Arbeitgeber im einzelnen Fall entstanden ist. Hier steht es vollkommen in seinem Belieben, von dem ihm von der Rechtsordnung verliehenen Recht auch Gebrauch zu machen. Ein solcher Verzicht auf das Recht zur fristlosen Entlassung liegt einmal dann vor, wenn der Arbeitgeber in Kenntnis eines bestimmten, zur außerordentlichen Kündigung berechtigenden Umstandes ausdrücklich erklärt, daß er daraus einen Grund zur fristlosen Entlassung nicht herleiten wolle. Dann kann er wegen dieses Vorkommnisses allein das Vertragsverhältnis auch späterhin nicht auflösen. Vielmehr bedarf er dazu neu sich ereignender oder neu in Erfahrung gebrachten Tatsachen, die alsdann auch wieder mit den früheren in Verbindung gebracht werden können (RGZ 51, 91). Ein Verzicht ist aber auch dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber den angegebenen Entlassungsgrund zum Anlaß der vertragsmäßigen ordentlichen Kündigung nimmt.[36]) Hat der Dienstherr wegen des Verhaltens seines Angestellten sowohl aus Vertrag wie aus § 626 BGB ein Kündigungsrecht, so kann er dieses allerdings nicht durch die bloße Tatsache verlieren, daß er ersteres ausübt. Ein Verzicht auf die fristlose Kündigung kann vielmehr daraus, daß der Dienstherr, obwohl deren Voraussetzungen vorliegen, nicht von ihr, sondern von der vertragsmäßig befristeten Kündigung Gebrauch macht, nur insoweit hergeleitet werden, als die Voraussetzungen der fristlosen Kündigung dem Dienstherrn schon vor der vertragsmäßigen Kündigung bekannt waren.[37]) Am meisten tritt aber der Verzicht auf die Gel-

[36]) Vgl. Hueck S. 49; „Recht“ 1905 Nr. 1926, 1909 Nr. 1707; RG in Leipz.Z. 1912, 221.

[37]) RG vom 17. 12. 12 in Soergel, Rechtsprechung 1913 zu § 626 BGB Nr.3.

tendmachung des Entlassungsrechtes durch den Arbeitgeber in Form konkludenter Handlungen dadurch in Erscheinung, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Einzelfall trotz Vorliegen und Kenntnis eines w.G. weiter in Dienst behält. Das gleiche gilt auch, wenn es sich um einen w.G. handelt, der vor dem Abschluß des Vertrages liegt und den der Arbeitgeber bei der Anstellung kennt. Handelt es sich allerdings um eine Weiterbeschäftigung nur auf kurze Zeit nach Kenntnis des Entlassungsgrundes, so wird man darin noch keinen Verzicht des Arbeitgebers erblicken können, zumal wenn in einem Großbetrieb noch Besprechungen mit den zuständigen Stellen erforderlich sind.[38]) Auch die Ausstellung eines günstigen Zeugnisses für den Angestellten bedeutet noch keinen Verzicht auf das Entlassungsrecht, wenn das Zeugnis lediglich dem Entlassenen das Fortkommen erleichtern soll (KG Bln. in AE Bln. 1925 Nr. 186). Läßt jedoch der Arbeitgeber in Kenntnis des w.G. einen längeren Zeitraum verstreichen, so ist anzunehmen, daß er das Verhalten des Arbeitnehmers nicht zum Anlaß einer fristlosen Entlassung nehmen will. Der bloße Vorbehalt, nach Klärung der Verhältnisse später aus w.G. zu kündigen, kann dem Arbeitgeber sein Kündigungsrecht nicht erhalten.[39]) Verhandlungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach einem Konflikt, die dessen Beilegung bezwecken, schließen es aus, daß wegen dieses Konfliktes später die fristlose Entlassung ausgesprochen werden kann. So hat das RAG entschieden, daß das Verhalten einer Firma, die sich auf weitere Verhandlungen und Besprechungen mit dem Angestellten einläßt und diesen z.B. zur Zurücknahme von Beleidigungen und Drohungen zu veranlassen sucht, nach Treu und Glauben nicht anders verstanden werden kann, als daß die Firma aus dem Verhalten ihres Angestellten keinen Entlassungsgrund herleiten will. (Rspr. in Arbs. 1928 Seite 255).

Wie liegt nun die Situation, wenn der Arbeitgeber nach Beendigung eines Arbeitskampfes am schwarzen Brett seiner Fabrik den Anschlag anbringen läßt: „Maßregelungen aus Anlaß eines Streikes finden nicht statt"? Hier liegt zweifellos ein Verzicht des Arbeitgebers auf die ihm zustehende Befugnis

---

[38]) Vgl. KG Bln. in AE Bln. 1925 Nr. 182, ebenda Nr. 185; RG in JW 1910, 117; Staub-Koenige § 70 Anm. 6.

[39]) Vgl. RGZ 38, 116; 56, 373; JW 1910, 117; Recht 1914 Nr. 225; Hueck-Nipperdey I Seite 280; Staub-Koenige § 70 Anm. 6; RGR Komm. § 626 Anm. 2; Rohrscheidt RGO § 124 Anm. 1; Landmann RGO § 133 Anmerkg. 1; Hueck Seite 48.

zur Entlassung der in Ausstand getretenen Arbeiter vor. In ähnlicher Weise hat auch das Kammergericht Berlin (Urteil vom 3. 2. 25 in Kartenauskunftei Abt. Arbeitsrecht) entschieden und ausgeführt, daß nach dem Sinn und Zweck dieser Bekanntmachung, bei deren Beurteilung nicht am bloßen Wortlaut zu haften ist, sondern die nach Treu und Glauben zu werten sei, von der Firma ausgesprochen ist, daß sie sich diesen Bedingungen der Arbeiterverbände unterwirft und damit auf Entlassung aus Anlaß des Streikes verzichtet.

Wie weit gerade das RAG in der Anwendung des Rechtsgedankens der Verwirkung in Bezug auf das Recht der fristlosen Kündigung geht, zeigt ein weiteres Urteil vom 22. 12. 1928 (Recht und Rechtspraxis 1929 Nr. 3). In dem hier zur Beurteilung stehenden Fall hatte eine Firma im Januar 1926 einen ihrer Filialleiter unter Bezugnahme auf § 626 BGB fristlos entlassen, weil er selbst für sich ein Geschäft betrieben und sich u.a. in der Inflationszeit gewisse geschäftliche Verfehlungen habe zuschulden kommen lassen. Aus der schon längere Zeit bestehenden Kenntnis der Firma von den Unregelmäßigkeiten und ihrem negativen Verhalten schließt das LAG Halle und auch das RAG, daß der Arbeitgeber durch sein ganzes Verhalten, namentlich durch jahrelanges Stillschweigen zu den Inflationsgeschäften auf das Kündigungsrecht verzichtet habe (siehe auch RAG, amtl. Sammlg. I Seite 75 ff.). Als Verzicht ist es ferner aufzufassen, wenn der Arbeitgeber die befristete ordentliche Kündigung des Arbeitnehmers entgegennimmt, ohne die Entlassung wegen eines bereits gegebenen und ihm bekannten Grundes auszusprechen (OLG Stuttgart in Recht 1915 Nr. 187).

Abgesehen von einem direkten Verzicht kann aber eine Tatsache auch schon allein dadurch, daß sie länger zurückliegt, ihre Eigenschaft als w.G. einbüßen und auf diese Weise nicht mehr die Entlassung rechtfertigen.

Einen Verzicht auf das Entlassungsrecht bedeutet es aber keinesfalls, wenn der Arbeitgeber die Wirkung seiner Kündigung hinausschiebt, indem er die Kündigung zwar sofort ausspricht, aber befristet. Es ist also möglich, daß etwa der w.G. am 12. August eintritt und einige Tage darnach der Dienstberechtigte dem Arbeitnehmer zum 1. September kündigt. Durch diese Maßnahme entsteht ja dem Arbeitnehmer zunächst kein Schaden, da eine befristete Kündigung immer noch als milder zu betrachten ist, wie die fristlose Entlassung.[40]) An sich erhält dadurch der Arbeitnehmer auch kein

[40]) Vgl. Hueck, S. 50; ROLG 7, 384; Titze S. 706; Staub-Koenige § 70 Anm. 2.

Recht, seinerseits fristlos zu kündigen. Nur wenn diese Befristigung etwa in der Absicht geschieht, dem Gekündigten die Erlangung einer neuen Stellung unmöglich zu machen, die er bei sofortiger Entlassung sicher erhalten hätte, wird man dem Arbeitnehmer ein Recht zum sofortigen Austritt zubilligen müssen, denn hier handelt es sich um ein offenbar böswilliges Verhalten des Arbeitgebers.

§ 9.

Rechtsfolgen der fristlosen Entlassung.

Die Entlassungserklärung hat die Beendigung des Dienstvertrages in der Regel nur dann zur Folge, wenn entweder der andere Teil mit der Entlassung sich einverstanden erklärt — mag sie auch unberechtigt sein — oder wenn, was der Normalfall ist, ein w.G. objektiv im Zusammenhang mit sonstigen etwa vereinbarten formellen Erfordernissen vorhanden ist. Die rechtskräftige Feststellung der Berechtigung zur Entlassung im Streitverfahren bei dem Arbeitsgericht ist nicht etwa konstitutiv, d. h. sie begründet nicht erst die Entlassungswirkung, sondern sie ist lediglich deklaratorischer Natur. Wie hat sich nun der Arbeitgeber im Falle der fristlosen Entlassung zu verhalten? Stimmt er der Entlassungserklärung zu, so kann dies ausdrücklich oder stillschweigend geschehen, aber man wird als stillschweigendes Einverständnis hier nicht schon das Unterbleiben eines Widerspruches für sich allein gelten lassen können. Man muß in diesen Fällen stets bedenken, in welcher Situation sich der Arbeitnehmer in dem Augenblick, wo ihm die Entlassungserklärung zugeht, befindet. Unerfahrenheit und Rechtsunkenntnis, die ihn eine ungerechtfertigte Entlassung schweigend entgegennehmen lassen, können nicht als Einverständnis zu einer so tief einschneidenden Maßnahme gedeutet werden. Ein solches Einverständnis des Kündigungsgegners mit der Entlassung würde rechtlich zu konstruieren sein als Annahme des in der ungerechtfertigten fristlosen Entlassung liegenden Vertragsangebotes zur sofortigen Lösung des Dienstverhältnisses, daneben aber auch zum Erlaß sämtlicher weiterer Ansprüche für die Zukunft. Nun wird ein Einverständnis des Arbeitnehmers zur sofortigen Lösung des Arbeitsvertrages wohl möglich sein, nicht aber zu der zweiten Alternative, Erlassung der Ansprüche aus § 615 S. 1 BGB.[41]) Man wird den Arbeitgeber auch für berechtigt

[41]) Vgl. LAG Hamburg in Bensh. Slg. Bd. 1 Nr. 25 LAG; LAG Altona in Bensh. Slg. Bd. 1 Nr. 47 LAG; LAG Dresden ebenda Nr. 48 LAG.

halten müssen, bis zur Anerkennung der fristlosen Entlassung seitens des Kündigungsgegners durch einseitige Erklärung (also ohne Zustimmung des Arbeitnehmers) die fristlose Entlassung zurückzunehmen und sich auf diese Weise die weitere Dauer des Vertrages zu sichern. Ob dies noch bei Rechtshängigkeit des Entlassungsstreites möglich ist, ist bestritten, dürfte aber noch zuzulassen sein. Wird die Entlassung zurückgenommen, so ist der Arbeitnehmer zur Leistung seiner vertragsmäßigen Dienste verpflichtet.[42]) Aber der Kündigungsgegner braucht sich nicht auf diese Zurücknahme der Entlassung einzulassen, wenn er etwa seinerseits das Recht zur fristlosen Kündigung in Anspruch nimmt. Dies wird dann der Fall sein, wenn durch die vom Prinzipal ausgesprochene sofortige Kündigung oder durch die sie begleitenden Umstände, das normale durch den Dienstvertrag zwischen den Parteien geschaffene Verhältnis dergestalt zerstört ist, daß dem Gehilfen die Fortsetzung des Dienstvertrages nicht mehr zugemutet werden kann. Weiterhin besteht für den Arbeitgeber keine Möglichkeit zur Zurücknahme der Entlassung, wenn der Handlungsgehilfe z.B. in ein anderes Geschäft eingetreten ist oder etwa in der Zeit nach der fristlosen Entlassung sich ein eigenes Geschäft gegründet hat.

Besteht nun die Entlassung zu Recht, so erlischt wie schon oben erwähnt, das Arbeitsverhältnis augenblicklich und zwar erfolgt die Auflösung des Arbeitsvertrages in Richtung gegen beide Teile. Was die bisherige Leistung des Entlassenen anlangt, so greifen bezüglich deren Vergütung die Bestimmungen des § 628 BGB ein und zwar gelten diese nicht etwa nur für rein bürgerlich rechtliche Verhältnisse, sondern es handelt sich hier um allgemeine Rechtsnormen. Diese finden bei jeder sofortigen Kündigung aus w.G. Anwendung, mögen sich deren Einzelheiten auch nach den verschiedenen Spezialgesetzen, wie HGB, RGO usw. richten.[43]) Wird z. B. einem Handlungsgehilfen von seinem Prinzipal gekündigt, so bleibt nach § 628 Abs. 1 S. 1 BGB dem Gehilfen der Anspruch auf den für die Vergangenheit verdienten und noch nicht ausbezahlten Lohn regelmäßig erhalten, er kann „einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen". Die Wirkung der Kündigung wird nicht etwa zurück datiert auf den Zeitpunkt, in dem der w.G. einge-

[42]) Vgl. ROLG 12, 269; Staub-Koenige § 70 Anm. 11aa.

[43]) Vgl. RGR Komm. § 628 Anm. 1; Landmann RGO § 123 Anm. 2; Staudinger BGB § 628 Anm. I 3; RGZ 76, 370; 64, 384.

treten oder bekannt geworden ist und an dem bereits eine Entlassung hätte erfolgen können. Im allgemeinen ist die Vergütung zu gewähren entsprechend den bisherigen Leistungen; es kommt also nicht einfach auf das Verhältnis der bereits verstrichenen Zeit zur gesamten vereinbarten Vertragsdauer an. (Oertmann S. 230). Nur dann, wenn der Entlassene durch eigenes vertragswidriges Verhalten die sofortige Kündigung veranlaßt hat, steht ihm ein Anspruch auf die bisher verdiente Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den Arbeitgeber kein Interesse haben. (§ 628 Abs. 1 S. 2 BGB).

Unter vertragswidrigem Verhalten ist ein vom Arbeitnehmer zu vertretendes, in der Regel schuldhaftes Verhalten zu verstehen, das also objektiv wie subjektiv dem Dienstvertrage zuwider laufen muß.[44]) Die Frage, wann die geleistete Arbeit für den Arbeitgeber kein Interesse hat, ist sehr schwer zu beantworten. Es ist hier ganz auf die konkreten Verhältnisse abzustellen, allgemein wird man sagen müssen, daß es darauf ankommt, ob der Arbeitgeber von der bisherigen Arbeit einen wirtschaftlichen Nutzen hat. Die bisherige Arbeitsleistung hat z. B. dann für den Arbeitgeber kein Interesse, wenn dieser die ganze angefangene Arbeit eines entlassenen Arbeiters, insbesondere einen angefangenen Akkord durch einen anderen Arbeitnehmer neu beginnen lassen muß. Allerdings muß die geleistete Arbeit gerade infolge der Entlassung für den Arbeitgeber kein Interesse mehr haben. Liegen dagegen andere Gründe vor, aus denen ein solches Interesse des Arbeitgebers fehlt, dann greift § 628 Abs. 1 Satz 1 BGB unumschränkt Platz und der Arbeitgeber ist zur Zahlung eines den bisherigen Leistungen entsprechenden Teiles der Vergütung verpflichtet.

Bisher hatte es sich um Ansprüche gehandelt, die ihrer Entstehung nach vor der Beendigung des Arbeitsvertrages durch die fristlose Entlassung lagen. Für die Zukunft erlöschen ja an sich die beiderseitigen Rechte und Pflichten. Allerdings besteht in gewissen Fällen auch nach Lösung des Arbeitsvertrages für den Arbeitgeber die Verpflichtung, noch für eine gewisse Zeit dem Arbeitnehmer Lohn zu bezahlen. Es handelt sich hier in den Fällen der § 617 BGB, § 63 Abs. 1, § 72

---

[44]) Vgl. Planck § 628 Anm. 3a; Staub-Koenige § 70 Anm. 18; Düringer-Hachenburg § 70 Anm. 20; Landmann RGO § 123 Anm. 2; Hueck S. 87; Staudinger 7./8. Auflage 626 Anm. II 2.

Abs. 2 HGB und § 133c Abs. 2 RGO um soziale Schutzvorschriften, die bezwecken, den wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmer, der durch unverschuldetes Unglück seine Stelle verloren hat, wenigstens für die erste Zeit nach seiner Entlassung sicher zu stellen.

In vielen Fällen sind mit dem Arbeitsvertrage auch weitere Verträge verbunden, z.B. Verträge über Miete von Werkwohnungen oder es liegt gar ein gemischter Vertrag vor, wie der sogenannte Portiervertrag. Hier wird man immer unterscheiden müssen, welche Vertragselemente die wesentlicheren sind. Der dem Mieter sonst durch die Bestimmungen des Mieterschutzgesetzes gewährte Schutz versagt nach den Bestimmungen der §§ 20 ff. dieses Gesetzes dann, wenn „der Mieter durch sein Verhalten dem Vermieter gesetzlich begründeten Anlaß zur Auflösung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses gegeben hat." Demnach tritt der Mieterschutz bezüglich der Werkwohnungen nicht bei jeder Kündigung aus w.G. ausser Kraft, sondern nur dann, wenn ein Verschulden auf Seiten des Arbeitnehmers vorliegt (Vgl. auch § 17 Abs. 2 LAO). Wie liegt nun die Situation, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, der eine Werkwohnung inne hat, zwar befristet entlassen hat, nun die Räumung der Werkwohnung verlangt und vor dem Mietschöffengericht behauptet, es habe ein Grund vorgelegen, der ihn im Sinne des § 20 MSchG zur fristlosen Entlassung berechtige? Ist in diesem Fall vor dem Arbeitgericht eine Feststellungsklage des Arbeitnehmers zulässig, ob ein Grund zur fristlosen Entlassung auch tatsächlich vorgelegen hat? Das RAG hat schon im Jahre 1928 und dann in zwei weiteren Urteilen vom 23. 1. und 20. 2. 29 (Arb. Prax 29 S. 68 und 92) entschieden, daß hier ein Feststellungsinteresse nicht gegeben sei. Vielmehr stellt nach seiner Ansicht die Frage, ob ein gesetzlich begründeter Anlaß zur Aufhebung des Dienstverhältnisses vorgelegen habe, nach Beendigung des Dienstverhältnisses nur noch eine Vorfrage für die Entscheidung über die Räumungsverpflichtung dar, die von der zur Entscheidung über die Hauptfrage ausschießich zuständigen Stelle, dem Mietschöffengericht zu entscheiden ist. Diese Auffassung des R.A.G. wird mit Recht in der herrschenden Lehre und auch in der Praxis der unteren Gerichte bekämpft.[45]) Ein zwischen den Parteien

[45]) Siehe Urteile der LAG Bln. und LAG Bremen in Rspr. Arbs. 1929 S. 1—4 mit ausführlicher Besprechung durch Volkmar.

bestehendes Rechtsverhältnis ist nicht wesentliche Voraussetzung einer Feststellungsklage. Nicht mehr bestehende Rechtsverhältnisse können auch dann die Grundlage von Feststellungsklagen abgeben, wenn Rechtsfolgen für die Gegenwart und Zukunft von Menschen gegeben sein können. Und dies ist bei einer derartigen Räumungsklage vor dem Mietschöffengericht im weitesten Maße der Fall.

Die Beendigung des Arbeitsvertrages führt naturgemäß auch zu der Frage der Erwerbslosenfürsorge, wie sie jetzt in dem Gesetz über „Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung" vom 16. 7. 27 ihre Regelung gefunden hat. Für die fristlose Entlassung ist in erster Linie die Bestimmung des § 93 AVAVG maßgebend, wonach derjenige, der durch ein Verhalten, das zur fristlosen Entlassung berechtigt, seine Arbeitsstelle verloren hat, für die ersten 4 Wochen keine Arbeitslosenunterstützung erhält. Auch hier kommt es also wieder auf schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers an. Liegt z.B. ein Entlassungsgrund nach § 72 Absatz 1 Ziff. 3 HGB oder § 123 Ziff. 8 RGO vor, ist also der Arbeitnehmer schuldlos durch Krankheit und andere von ihm nicht zu vertretende Umstände arbeitsunfähig und deshalb entlassen worden, dann kommt eine Verweigerung der Arbeitslosenunterstützung nicht aus dem Gesichtspunkt des § 93 AVAVG, sondern nur dann in Frage, wenn der Entlassene im Sinne dieses Gesetzes (§ 88) arbeitsunfähig ist.

Diese 4 Wochengrenze ist eine Höchstgrenze. Die für die Entscheidung über die Unterstützung zuständigen Stellen, (§§ 172, 178, 180, 182 AVAVG) können die Entziehungsbefugnis auf 2 Wochen herabsetzen, wenn die Lage des Einzelfalles eine mildere Beurteilung rechtfertigt (§ 93 Abs. 2 AVAVG). Dies wird in allen Fällen zu empfehlen sein, in denen den Arbeitslosen kein schweres Verschulden trifft (Vgl. Komm. von Spliedt-Bröcker zu § 93 Abs. 2). Darüber, ob ein Verhalten, das zur fristlosen Entlassung berechtigt, vorliegt oder nicht, befinden die oben erwähnten für die Entscheidung über die Unterstützung zuständigen Stellen. Soweit die Gewährung der Unterstützung davon abhängig ist, ob ein Erwerbsloser infolge eines zur Entlassung berechtigenden Verhaltens seine Stellung verloren hat, wird in den häufigsten Fällen die Rechtslage erst im Prozeßwege vor dem Arbeitsgericht geklärt werden können, sofern sich nicht der Gekündigte mit der Entlassung einverstanden erklärt hat. Ergeht nun in einem solchen Rechtsstreit ein rechtskräftiges Urteil, durch das z. B. ein Grund zur fristlosen Entlassung anerkannt oder eine Ent-

lassung aufgehoben wird, so sind der Vorsitzende des Arbeitsamtes und die Spruchbehörden an dieses Urteil gebunden, d.h. sie dürfen die Rechtslage nicht anders beurteilen, als in dem Urteil des Gerichts festgestellt ist. Jedoch braucht der Vorsitzende des Arbeitsamtes mit seiner Entscheidung nicht bis zur Erledigung des schwebenden Gerichtsverfahrens zu warten (§ 184 Abs. 1 AVAVG). Dagegen ist der Einspruch gegen die Entscheidung des Vorsitzenden sowohl von Seiten des Arbeitslosen wie von der anderen Seite erst zulässig, wenn ein rechtskräftiges Urteil des Gerichtes vorliegt, also bei berufungsfähigen Prozessen erst nach Fällung des Berufungsurteils, bei revisionsfähigen Prozessen erst nach Durchführung der Revision (Komm. von Spliedt-Bröcker zu § 184 Abs. 1) oder wenn der Rechtsstreit etwa im Weg des Vergleiches ohne rechtskräftiges Urteil erledigt ist. Nach § 170 AVAVG hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf Verlangen eine Bescheinigung auszustellen, aus der Art, Beginn, Ende und auch Lösung des Arbeitsverhältnisses, d. h. der Entlassungsgrund hervorgeht. Das Arbeitsamt kann aber auch nach § 171 AVAVG Ermittlungen jeder Art anstellen. Nun wird in vielen Fällen die Arbeitslosenunterstützung auf die Dauer von 4 Wochen aus Gründen abgesprochen, die allein für sich betrachtet niemals einen vollwertigen Entlassungsgrund für die unter § 123 RGO fallenden Arbeiter abgeben können. Wenn z.B. häufig der Arbeitgeber in der Abgangsbescheinigung als Entlassungsgrund etwa angibt, der Arbeitnehmer sei wegen mangelhafter Arbeitsleistung oder wegen Faulheit entlassen worden, so leiten manche Arbeitsämter daraus das Recht her, die Gewährung der Arbeitslosenunterstützung deswegen abzulehnen, weil beim Arbeitnehmer nicht die Voraussetzungen des § 37 Ziff. 1 AVAVG, nämlich die Arbeitswilligkeit vorhanden sei oder § 93 AVAVG zutreffe. Es ist nun bei klarer Ueberlegung absolut nicht angängig, die Behauptung aufzustellen, daß ein Arbeitnehmer nicht arbeitswillig sei, der aus irgend welchem Grunde, sei es aus Mangel einer besonderen Fähigkeit, sei es wegen irgend einer körperlichen Behinderung, in einer bestimmten Arbeit nur mangelhafte Leistungen hervorbringt. Im Gegenteil gibt es sehr viele, äußerst arbeitswillige Arbeitnehmer, die an irgend einem Posten aus den angeführten Gründen versagen müssen und dann infolgedessen durch einen derartigen Vermerk in der Abgangsbescheinigung für die ersten 4 Wochen keine Arbeitslosenunterstützung erhalten können. Daß der Begriff Faulheit als solcher ein äußerst subjektiver

ist und deshalb auch nicht unter allen Umständen einen objektiv vorliegenden Entlassungsgrund abgeben kann, braucht nicht weiter erörtert zu werden. Auf jeden Fall wird man sich hüten müssen, mangelhafte Arbeitsleistung und Faulheit, soweit sie in der Abgangsbescheinigung angegeben sind, als Entlassungsgründe im Sinne des § 123 RGO, der ja anerkanntermaßen eine erschöpfende Regelung darstellt, zu bezeichnen und deswegen gewerblichen Arbeitern für die ersten 4 Wochen die Arbeitslosenunterstützung zu versagen. Wie schon vorhin erwähnt, haben in erster Linie die Arbeitsämter die Pflicht, den Tatbestand im Sinne des § 93 AVAVG weitgehend aufzuklären bei der Untersuchung der Frage, ob der Arbeitnehmer seine Stellung verloren hat durch ein Verhalten, das zur fristlosen Entlassung berechtigt. Aber es kommt gar nicht so selten vor, daß der Arbeitslose zur Feststellung des Hauptkündigungsgrundes vom Arbeitsamt an die Arbeitsgerichtsbehörde verwiesen wird, weil das Arbeitsamt keine Feststellung machen will oder der Entlassene keine Abgangsbescheinigung erhalten hat, vielleicht auch die in dieser angegebenen Gründe bestreitet. Wird nun von dem Arbeitslosen beim Amtsgericht Feststellungsklage gegen den früheren Arbeitgeber erhoben, daß ein derartiger Entlassungsgrund nicht besteht, so weist das RAG eine solche Klage mit der Bemerkung zurück, es liege kein Feststellungsinteresse vor, weil zwischen den Parteien kein Rechtsverhältnis mehr bestehe.[46]) Nun ist zunächst zu beachten, daß die Arbeitsgerichtsbehörden zuständig sind für alle irgendwie ausdenkbaren Streitigkeiten, die sich als Nachwirkung von Arbeitsverträgen ergeben können.[47]) Der Auffassung des RAG gegenüber muß immer wieder darauf hingewiesen werden, daß nicht mehr bestehende Rechtsverhältnisse eben dann die Grundlage von Feststellungsklagen ergeben, wenn Rechtsfolgen für die Gegenwart und Zukunft davon abhängen. (Vgl. zu dieser ganzen Frage Nörpel in Arb. Prax. 1929 Heft 2, Leitartikel.)

---

[46]) Vgl. RAG in Arb. Prax. 1929 S. 30; Siehe auch LAG Crefeld (Rspr. in Arbs. 1929 S. 2) das ausführt, es sei hier lediglich ein Streit um die Beantwortung einer Vorfrage für das Verfahren vor den Verwaltungsbehörden zu entscheiden.

[47]) Vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG und die Anmerkung in Flatow-Joachim Seite 55 bes. S. 57, wo ausdrücklich auf solche Streitigkeiten, die sich aus dem Bezug der Erwerbslosenunterstützung ergeben können, verwiesen wird.

Wird ein Arbeitnehmer zwar mit ordnungsmäßiger Kündigungsfrist entlassen, aber vom Arbeitgeber in der Abgangsbescheinigung behauptet, es hätte ein w.G. zur Entlassung berechtigt, z.B. übermäßige Faulheit vorgelegen, aber es sei aus sozialen Gründen von der fristlosen Kündigung kein Gebrauch gemacht worden, so ist für den Arbeitnehmer sicherlich ein Feststellungsinteresse vorhanden, wenn nun das Arbeitsamt ihm etwa unter Bezugnahme auf § 93 AVAVG für die ersten 4 Wochen die Unterstützung verweigert. Eine Feststellungsklage ist nicht nur möglich aus den vorerwähnten Gründen, sondern auch deshalb, weil die Behauptung der Faulheit in der Abgangsbescheinigung die Ehre des Arbeitnehmers beeinträchtigen wird und nun auf dem Wege einer Feststellungsklage wieder hergestellt werden soll. (Siehe Stein-Jonas, Kom. zur ZPO 14. Aufl. S. 700, 702 — 704.). Der Inhalt einer derartigen Abgangsbescheinigung kann sehr leicht im Betriebe bekannt werden und ein berechtigtes Interesse des Arbeitnehmers ist in diesem Fall genau so vorhanden, wie etwa die Berichtigung eines unrichtigen Zeugnisses verlangt werden kann.

Neben diesen mehr in das öffentliche Recht hineinspielenden Folgen entstehen aber auch durch den Ausspruch der fristlosen Entlassung Folgen auf dem Gebiet des Privatrechtes. Das Ende bestehender Mietverträge über Werkwohnungen wurde schon erörtert; nicht besonders erwähnt zu werden braucht, daß eine etwa erteilte Vollmacht in der Regel mit dem Ende des Arbeitsvertrages erlischt. Gelegentlich der Abwicklung der gegenseitigen geschäftlichen Beziehungen entstehen bei den bisherigen Vertragspartnern eine Reihe von Pflichten; so hat der Arbeitnehmer das empfangene Arbeitsgerät, Dienstkleidung usw., soweit an diesen Gegenständen noch das Eigentum des Arbeitgebers besteht, an diesen abzuliefern. Wird ein Handlungsgehilfe entlassen, dann treten die Bestimmungen des HGB (§ 74) über eine etwaige Wettbewerbsklausel automatisch in Kraft, dagegen gelten nicht mehr die Bestimmungen über das Konkurrenzverbot während des Arbeitsverhältnisses (§ 60 HGB). Der Arbeitgeber hat bei der Beendigung des Dienstvertrages durch die fristlose Entlassung seinerseits dem Arbeitnehmer seine Arbeitspapiere auszuhändigen, eine Hauptverpflichtung erwächst für ihn mit der Ausstellung eines Zeugnisses (Vgl. § 630 BGB, § 73 HGB, § 113 RGO und § 163 AVE.). Dieses Zeugnis ist den gesetzlichen Bestimmungen gemäß zunächst nur ein reiner Be-

schäftigungsnachweis, d.h. eine Bestätigung über Art und Dauer des Dienstverhältnisses; auf ausdrückliches Verlangen des entlassenen Arbeitnehmers hin ist es auch auf Führung und Leistung auszudehnen. Ein derartiges Führungszeugnis kann sich natürlich nur auf die Führung des Angestellten in Bezug auf dessen dienstliches Verhalten beziehen, über außerdienstliches Verhalten wird eine Feststellung nur dann möglich sein, wenn es auf das Arbeitsverhältnis von Einfluß ist. Denn an sich ist es ja nicht Sache des Arbeitgebers, das außerdienstliche Verhalten seiner Angestellten und Arbeiter zu beurteilen, noch viel weniger diese in irgend einer Weise zu bevormunden.[48])

Auf die vielen Streitfragen, die sich an die Ausstellung und den Inhalt eines derartigen Zeugnisses knüpfen, kann hier nicht eingegangen werden; wichtig im Gebiet der fristlosen Entlassung ist nur die Frage, ob der Arbeitgeber in das Zeugnis den Entlassungsgrund hineinschreiben darf oder nicht. Zu verneinen ist diese Frage auf jeden Fall, soweit es sich um ein Zeugnis über Art und Dauer des Arbeitsverhältnisses handelt. Kommt jedoch ein Führungszeugnis in Frage, so ist der Entlassungsgrund in der Regel in das Zeugnis aufzunehmen, besonders dann, wenn er mit dem sonstigen Verhalten des Arbeitnehmers in sehr engem Zusammenhang steht, d.h. die Entlassung wegen einer Eigenschaft des Arbeitnehmers erfolgt ist, die für diesen typisch ist und seine ganze Persönlichkeit kennzeichnet. Hier wird man natürlich von dem Arbeitgeber, der in dem Führungszeugnis ja nur wahrheitsgemäße Angaben zu machen hat, verlangen müssen, daß er den betreffenden Entlassungsgrund in das Zeugnis aufnimmt, sonst kommt eventuell für ihn eine Haftung gegenüber einem neuen Arbeitgeber in Betracht. Gibt jedoch im konkreten Fall eine kleinere Auseinandersetzung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer dem ersteren einen Grund zur fristlosen Entlassung, während bis dahin volle Harmonie zwischen den Parteien bestanden hat, so wird der Gesichtspunkt von Treu und Glauben es nicht zulassen, durch Aufnahme eines Entlassungsgrundes dem Arbeitnehmer unter Umständen sein späteres Fortkommen zu erschweren. Denn in diesem Fall würde der Entlassungsgrund die Persönlichkeit des Arbeitnehmers für den neuen Arbeitgeber in keiner Weise charakterisieren; in erster Linie kommt für die

---

[48]) Ebenso ROLG 13, 413; Oertmann S. 234.

Aufnahme in das Führungszeugnis in diesem Fall das bisherige tadellose Verhalten des Arbeitnehmers in Frage.[49])

§ 10.
Die Rechtslage bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung.

In der Rechtslehre und Rechtsprechung ist allgemein der Satz zur Anerkennung gelangt, daß in jeder fristlosen Entlassung durch den Arbeitgeber hilfsweise die fristgemäße Kündigung des Arbeitsvertrages auf den nächstzulässigen Kündigungstermin liegt. Dieser wird bestimmt entweder durch die gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfrist oder durch den Ablauf einer festbegrenzten Vertragszeit.[50])

Weiterhin wird man im heutigem Arbeitsrecht bei der Frage der Gültigkeit einer Kündigung scharf zu unterscheiden haben zwischen der privatrechtlichen Gültigkeit der Kündigung überhaupt und ihrer sozialen Berechtigung im Sinne des BRG. Das Gericht hat nun die Aufgabe, zu prüfen, ob ein w.G. zur fristlosen Entlassung im Sinne der verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen vorliegt. Im vorigen Paragraphen wurden die Rechtsverhältnisse behandelt, die sich aus der Bejahung dieser Frage ergeben, d.h. die Folgen einer zu Recht erfolgten fristlosen Entlassung. Wie steht es aber nun, wenn das Gericht bei seiner Untersuchung zu dem Ergebnis kommt, daß ein Grund zur fristlosen Entlassung nicht vorliegt? Dann wird durch die Entlassungserklärung das Arbeitsverhältnis nicht beendigt, sondern es besteht mit allen beiderseitigen Rechten und Pflichten fort bis zum nächsten zulässigen Kündigungstermin und erst von diesem Zeitpunkt an ist es dann als aufgelöst zu betrachten. Ergeht ein rein deklaratorisches Urteil des Gerichtes noch vor Ablauf der Kündigungsfrist, dann wird ausgesprochen, daß der Arbeitsvertrag für die Zeit dieser Frist noch weiter läuft.

Wenn nun das Arbeitsverhältnis mit allen Rechten und Pflichten fortbesteht, so könnte zunächst aus dieser Tatsache ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Weiterbeschäftigung im Rahmen des bestehenden Dienstverhältnisses abgeleitet werden. Doch scheitert ein solcher Anspruch daran, daß nach der

---

[49]) Vgl. Kaskel S. 139; Horrwitz S. 107; Rohrscheidt RGO § 113 Anm. 8; Staub-Koenige HGB § 73 Anm. 4 u.a.m.

[50]) Vgl. Hueck-Nipperdey I S. 267, 282; Kaskel S. 178; Staudinger BGB 9. Aufl. Bd. 2 S. 903, IV, 5 zu § 626, usw.

herrschenden Lehre und der vom RG vertretenen Auffassung der Arbeitnehmer grundsätzlich keinen Anspruch auf Beschäftigung, sondern nur auf Fortentlohnung hat. Der Anspruch auf Weiterzahlung der sämtlichen nach dem Arbeitsvertrag dem Arbeitnehmer zustehenden Bezüge basiert auf der Regelung des § 615 BGB. Der zu Unrecht Entlassene kann also nicht etwa gegen den Arbeitgeber klagen auf Annahme seiner Dienste, sondern nur auf Zahlung des Arbeitslohnes im Rahmen des § 615 BGB.

Der Anspruch des Arbeitnehmers aus § 615 BGB setzt voraus, daß der Arbeitgeber mit Annahme der Dienste des Arbeitnehmers sich im Gläubigerverzug (Annahmeverzug) gemäß § 293 ff. BGB. befindet. Dieser Fall ist zweifellos gegeben, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ohne w.G. entlassen hat und während der Kündigungsfrist seine Weiterbeschäftigung ablehnt. Muß nun der Dienstpflichtige bei dieser Gelegenheit seine Dienste besonders anbieten, „sich zur Verfügung stellen", wenn er seine Ansprüche geltend machen will? Nun setzt ja der Annahmeverzug voraus, daß die Arbeitsleistung dem Arbeitgeber angeboten wird. Hier hat nun der Arbeitgeber als Gläubiger der Dienstleistung ausdrücklich durch die fristlose Entlassung erklärt, daß er die Arbeitsleistung nicht mehr annehmen werde. In Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre wird man annehmen müssen, daß überhaupt kein irgendwie geartetes Angebot der Arbeitsleistung auf Seiten des Arbeitnehmers notwendig ist. Insoferne ist auch den Ausführungen von Kahn-Freund (Arb. Prax. 1929 S. 121) nicht zuzustimmen, der zur Begründung des Annahmeverzuges nach § 615 BGB wenigstens einen Protest des Arbeitnehmers gegen die unberechtigte fristlose Entlassung fordert. Abgesehen davon, daß man dem Arbeitnehmer in seiner Bestürzung und Erregung in einem derartigen Fall eine Erklärung nicht zumuten kann, liegen auch die rechtlichen Voraussetzungen für ein solches Verlangen nicht vor. § 615 stellt die Anwendung der allgemeinen Vorschriften des Gläubigerverzuges in § 293 und § 294 BGB auf den Dienstvertrag dar. § 295 BGB bestimmt nun, daß ein wörtliches Angebot genügt, wenn der Gläubiger vor Fälligkeit der Leistung dem Schuldner bereits erklärt hat, die Annahme zu verweigern und wenn es sich bei der Leistung des Schuldners um eine einmalige handelt. Die zweite Alternative des § 295 BGB, die eine Mitwirkungshandlung des Arbeitgebers voraussetzt, kommt an sich hier nicht in Frage. Beim Dienstvertrag handelt es sich um ein Schuldverhältnis, das auf die Dauer berechnet

ist und das bereits durch die vorhergehenden tatsächlichen Arbeitsleistungen seine Wirkung geäußert hat. Der Arbeitnehmer hat durch den Antritt seiner Tätigkeit die Dienste für die gesamte Anstellungszeit von vornherein angeboten. Somit liegt hier eine stillschweigende Real-Oblation vor, wenn der Dienstpflichtige tatsächlich dauernd Dienste geleistet hatte und weiter zu leisten bereit war, als diese durch die sofortige Entlassung zurückgewiesen wurden.[51])

Der Begriff des Annahmeverzuges setzt voraus, daß der andere Vertragsteil, d.h. der Arbeitnehmer auch wirklich während der Kündigungsfrist zur Arbeitsleistung in der Lage ist. Das ist auch Voraussetzung für den Anspruch des Arbeitnehmers aus § 615 BGB. Erkrankt der zu Unrecht entlassene Arbeitnehmer während dieser Zeit oder wird ihm aus einem anderen Grund die Arbeitsleistung unmöglich, so entfällt sein Vergütungsanspruch nach § 323 BGB genau so, wie etwa auch der Lohnanspruch unter normalen Verhältnissen entfällt. Aber es greifen hier auch die Ausnahmebestimmungen zu § 323 BGB ein, wonach im Falle einer unverschuldeten Unmöglichkeit der Arbeitsleistung der Arbeitnehmer doch für eine bestimmte Zeit den Vergütungsanspruch behält (§ 616 BGB; vgl. auch Hueck-Nipperdey S. 188). Besteht nun im Falle ungerechtfertigter Entlassung das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien fort, so hat der Arbeitgeber das Recht, jederzeit kraft seines vertraglichen Anspruches vom Arbeitnehmer die Arbeitsleistung zu verlangen, indem er an diesen zum Angriff der Arbeit eine Aufforderung ergehen läßt, der der Arbeitnehmer grundsätzlich nachzukommen hat.

Somit besteht also eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, während der Dauer der ordnungsmäßigen Kündigungsfrist seine Arbeitskraft zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten. Als Ausnahme von dieser Verpflichtung erscheint die Bestimmung des § 615 Satz 2 BGB. Hiernach muß der Arbeitnehmer sich auf die Vergütung während des Annahmeverzuges des Arbeitgebers nicht nur den Wert dessen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder auch durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt, sondern auch dessen, was er zu erwerben böswillig unterläßt. Anrechnungsfähig nach § 615 BGB ist auch der nur durch Gelegenheitstätigkeit erworbene Verdienst. Andererseits wird man diejenigen Einnahmen des Arbeitnehmers aber nicht in Anrechnung bringen dürfen, die der Entlassene

[51]) Vgl. auch Staudinger § 295 Ia; Römer, DJZ S. 340.

aus einer Tätigkeit außerhalb der gewöhnlichen Arbeitszeit bezieht, denn diese wären ja auch, wenn die Entlassung nicht erfolgt wäre, neben den Diensteinnahmen erzielt worden. Es muß sich also um einen Verdienst handeln, der während derjenigen Zeit gemacht worden ist, die dem bisherigen Arbeitgeber tatsächlich zur Verfügung gestanden hätte. An sich hat nun auf Grund von § 615 BGB der Arbeitnehmer keine Verpflichtung, sich nach einer anderen Stellung während der Kündigungsfrist umzusehen, aber er darf eine sich ihm bietende Gelegenheit auch nicht böswillig ausschlagen. Die Rechtsprechung neigt sogar dazu, schon das Unterlassen der Stellenbewerbung als böswillige Nichtannahme anderweitiger Dienste zu betrachten, eine Tendenz, die bei der Schwierigkeit der heutigen Stellenbeschaffung absolut nicht gerechtfertigt erscheint. Tritt nun der zu Unrecht entlassene Arbeitnehmer vor Ablauf der Zeit, die er als restliche Vertragszeit gegenüber dem bisherigen Arbeitgeber in Anspruch nimmt, eine neue Stellung an, die ihm ebenso viel oder mehr Einnahmen bringt, als er bei dem bisherigen Arbeitgeber hatte, so ist dadurch der bisherige Arbeitgeber von diesem Tag an vom Weiterentlohnungsanspruch entlastet. Wird dem Arbeitnehmer während der Kündigungsfrist eine andere Stellung zum sofortigen Antritt angeboten, und lehnt er diese Stellung deswegen ab, weil er noch aus seinem alten Arbeitsverhältnis Lohnansprüche zu haben glaubt, so liegt hierin unter Umständen eine böswillige Unterlassung der Verwendung seiner Arbeitskraft an anderer Stelle, die dem Arbeitgeber ermöglicht, auf die an den Arbeitnehmer zu zahlende Vergütung dasjenige anzurechnen, was dieser in der neuen Stellung verdient hätte.

Hier liegt wie Kahn-Freund in seinen ausgezeichneten Ausführungen im Arb. Prax. 1929 S. 121 feststellt, scheinbar ein Widerspruch zwischen zwei gesetzlichen Vorschriften vor; auf der einen Seite gewährt das Gesetz dem Entlassenen einen Vergütungsanspruch nach § 615 BGB nur dann, wenn der Arbeitgeber sich im Annahmeverzug befindet; Annahmeverzug des Arbeitgebers setzt aber voraus, daß der Arbeitnehmer jederzeit zur Leistung seiner vertragsmäßigen Dienste imstande ist. Ist dies nicht der Fall, dann entfällt damit für den Arbeitnehmer auch der Anspruch aus § 615 BGB. Auf der anderen Seite stellt § 615 BGB darauf ab, daß der Vergütungsanspruch dem Arbeitnehmer entzogen oder wenigstens gemindert werden kann, wenn er seine Arbeitskraft zur Verfügung des alten Arbeitgebers hält, obgleich

er durch Antritt einer neuen Stelle Gelegenheit gehabt hätte, sie bei einem neuen Arbeitgeber zu verwenden.

In diesem Fall ist der Ansicht von Kahn-Freund beizutreten, der auf dem Standpunkt steht, daß dieser Konflikt zwischen den gesetzlichen Bestimmungen nur ein scheinbarer sei und § 615 BGB S. 2 in Wirklichkeit als eine Ausnahmevorschrift zu § 297 BGB zu betrachten sei.[52]) Der Grundsatz, daß der Gläubiger nur im Annahmeverzug ist, wenn und insoweit der Schuldner zur Bewirkung der vertraglichen Leistung imstande ist, erleidet hier eine Ausnahme. Das Ergebnis dieser Stellungnahme ist nun folgendes: Nimmt der Arbeitnehmer eine neue Stellung an, so muß er sich gegenüber dem alten Arbeitgeber gemäß § 615 BGB auf seinen Vergütungsanspruch anrechnen lassen, was er in der neuen Stellung verdient. Jedoch kann nun der Arbeitgeber, von dem Augenblick an, wo der Arbeitnehmer die neue Stellung angetreten hat, nicht mehr von seinem Recht auf Leistung der Dienste Gebrauch machen und bleibt für den Fall, daß der Arbeitnehmer in der neuen Stellung weniger verdient wie in der alten, zur Zahlung der Differenz verpflichtet. Dieses Ergebnis, das die konsequente Durchführung der Ansicht Kahn-Freund's darstellt und dem man sich wohl anschließen kann, ist nun insoferne etwas befremdet, als hier „ein Vergütungsanspruch für die Zeit der Unmöglichkeit der Leistung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges besteht."

Denn est ist natürlich in der Praxis nicht anzunehmen, daß der Arbeitnehmer etwa bei Annahme einer neuen Stellung nun auf die Zahlung der Differenz zwischen altem und neuen Gehalt oder Lohn verzichten würde. (Vgl. auch Oertmann, S. 172)

Würde man sich nun dahin entscheiden, daß der Arbeitnehmer von dem Antritt einer neuen Stellung an von dem alten Arbeitgeber überhaupt nichts mehr zu erhalten hat, dann wäre der Arbeitnehmer, der während der Kündigungsfrist die Möglichkeit hat, eine neue Stellung zu erhalten, in einer sehr mißlichen Lage. Lehnt er die neue Stellung ab, so kann er für die noch bleibende Zeit während der Kündigungsfrist vom alten Arbeitgeber nicht mehr die volle Vergütung verlangen, da er sich gemäß § 615 BGB denjenigen Verdienst anrechnen lassen muß, den er in der neuen Stellung zu erwerben böswillig unterläßt. Nimmt er aber die neue Stellung an, so bekommt er unter Umständen einen viel geringeren

[52]) Vgl. Titze S. 702; Staudinger 9. Aufl. Bd. 2 S. 821.

Lohn. Der Arbeitnehmer würde also, wie er sich auch entscheiden würde, in jedem Falle eine Lohneinbuße haben, obgleich er nach der Tendenz des Gesetzes doch durch eine unberechtigte Entlassung keinerlei Schaden haben soll. Infolgedessen erscheint die zunächst vertretene Auffassung nach jeder Richtung hin gerechtfertigt. Es besteht demnach in diesem Falle die Situation, daß ein Arbeitnehmer sich gleichzeitig in zwei Arbeitsverhältnissen befindet und für die gleiche Zeit von beiden Arbeitgebern Lohn oder Gehalt verlangen kann, obgleich er nur für einen von ihnen tätig ist. Diese Situation dürfte nicht etwa konstruiert sein, sondern ist auch nach den Bestimmungen des Betriebsrätegesetzes möglich, allerdings in Beziehung auf die befristete Entlassung. Hat ein Arbeitnehmer nach den Bestimmungen des BRG Einspruch eingelegt, vor dem Arbeitsgericht ein für ihn günstiges Urteil erzielt und der Arbeitgeber die Weiterbeschäftigung gewählt, der Arbeitnehmer aber in der Zeit zwischen Kündigung und günstigem Urteil eine neue Stellung angetreten, so ergibt sich wiederum der Fall eines doppelten Arbeitsverhältnisses. Hier kann der Arbeitnehmer nicht das neue Arbeitsverhältnis mit Rücksicht auf die Wahl des alten Arbeitgebers lösen, aber er kann gemäß § 89 BRG seinerseits die Weiterarbeit bei dem alten Arbeitgeber verweigern und dieser hat Lohn oder Gehalt nur für die Zeit zwischen der Entlassung und den Tag der Urteilsfällung zu bezahlen.[53]) Im § 89 Abs. 1 BRG ist § 88 Satz 2 BRG für anwendbar erklärt und dieser nimmt wiederum Bezug auf § 615 Satz 2 BGB. Praktisch genommen will dies besagen, daß der Arbeitnehmer, der schon vor der Urteilsfällung eine neue Stellung angetreten hat, sich auf das vom alten Arbeitgeber für die Zeit von der Entlassung bis zur Urteilsfällung nachzuzahlende Gehalt anrechnen lassen muß, was er vom Antritt der neuen Stellung ab während dieser Zeit verdient.

War dieser Verdienst nun geringer wie in der alten Stellung, so gestaltet sich die Sachlage genau wie oben. Auch hier hat der Arbeitnehmer gleichzeitig in 2 Arbeitsverhältnissen gestanden und kann gleichzeitig von 2 Arbeitgebern Lohn verlangen. Dadurch, daß das Gesetz in § 87 BRG für den Fall der Weiterbeschäftigung diese Möglichkeit zuläßt, wird zweifelsohne die Annahme bestätigt, daß dies auch für den Fall der fristlosen Entlassung zutrifft.

---

[53]) Vgl. Flatow BRG 12. Aufl. Anm. 2 zu § 89; Hueck Nipperdey Bd. I S. 332.

Findet nun der zu Unrecht Entlassene keine neue Stellung, sondern erhält er Arbeitslosenunterstützung, so bestimmen sich die weiteren Rechtsfolgen nach § 113 AVAVG. Nach Absatz 2 dieses Paragraphen hat der Arbeitgeber die Unterstützungsbeträge, die für die Zeit der gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfrist gewährt sind, der Reichsanstalt zu erstatten und zwar hat er sie an das Arbeitsamt abzuführen, das sie an den Arbeitnehmer ausbezahlt hat. „Er kann sie dafür dem Arbeitnehmer gegenüber aufrechnen." Der Arbeitnehmer kann also den vollen Betrag seines Lohnes vom Arbeitgeber verlangen und dieser nun mit einer Gegenforderung aufrechnen, die ihrer Höhe nach gleich ist dem Betrag der gezahlten Arbeitslosenunterstützung und sich rechtlich wohl als ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß § 812 ff. BGB darstellt. Dieser Bereicherungsanspruch ist nach dem Sinn des § 113 Abs. 2 Satz 2 AVAVG von der Vorschrift des § 818 Abs. 3 BGB ausgenommen, wonach sich die Verpflichtung zur Herausgabe tatsächlich noch auf die Summe beschränkt, um die der Schuldner wirklich noch bereichert ist.

In der Praxis wird auch im Falle der ungerechtfertigten Entlassung der Lohn in voller Höhe eingeklagt; nach rechtskräftiger Verurteilung zu dieser Lohnzahlung kann nun der Arbeitgeber den der Unterstützung entsprechenden Betrag an das zuständige Arbeitsamt erstatten und bei Zwangsvollstreckung von seiten des Arbeitnehmers wegen des Lohnes dem Gerichtsvollzieher die Bescheinigung des Arbeitsamtes vorlegen, sodaß bezüglich dieses Betrages eine Vollstreckung nicht mehr möglich ist. Damit wäre praktisch die Aufrechnung erfolgt.

Diese an sich klare Rechtslage hat nun das RAG in einer Entscheidung vom 15. 12. 28 (Rspr. in Arbs. 1929 S. 55 ff.) insoferne getrübt, als es annimmt, daß der Lohn- oder Gehaltsanspruch für die Zeit der Kündigungsfrist in Höhe der gezahlten Arbeitslosenunterstützung kraft Gesetzes auf die Reichsanstalt übergeht, sodaß sich der Lohn- oder Gehaltsanspruch, den der Arbeitnehmer einklagen kann, um diesen Betrag verringert. Um diese Ansicht des RAG praktisch durchzuführen, wäre nun das Arbeitsgericht, bei dem ein zu Unrecht entlassener Arbeitnehmer eine gewöhnliche Lohnklage für die Zeit der Kündigungsfrist nach § 615 BGB erhebt, gezwungen, zunächst genaue Ermittlungen darüber anzustellen, wieviel Arbeitslosenunterstützung der Kläger bis jetzt erhalten hat und dieser Betrag müßte dann von vornherein von der Klagesumme abgezogen werden. Es bedarf

keiner weiteren Erörterung, daß solche Maßnahmen zu einer außerordentlichen Verzögerung des doch von vornherein auf Beschleunigung abgestellten arbeitsgerichtlichen Verfahrens führen würden und daß deshalb auch die wenigsten Arbeitsgerichtsbehörden sich praktisch dieser Stellungnahme des RAG anschließen werden.

Letzten Endes ist der Anspruch aus § 615 BGB als Lohnanspruch aufzufassen, der in seiner weiteren Wirkung einem Schadenersatzanspruch gleichkommt, denn es handelt sich ja im Grunde genommen um einen Anspruch auf Schadloshaltung wegen der durch die Entlassung zugefügten Außerverdienstsetzung. Deshalb kann auch der § 254 BGB gegenüber dem § 615 BGB in Anwendung gebracht werden, z. B. wenn das Gericht zu der Ueberzeugung kommt, daß der entlassene Arbeitnehmer durch sein Verhalten den Arbeitgeber zu der zu Unrecht erfolgten fristlosen Entlassung gereizt hat. Doch wird in diesem Fall meistens die Entlassung an sich für gerechtfertigt erklärt werden.[54])

Zu demselben Ergebnis wie § 615 BGB führt es, wenn der entlassene Arbeitnehmer sich auf § 324 BGB stützt. Anspruch auf die Gegenleistung ist in diesem Fall der Lohnanspruch. Durch die ungerechtfertigte Entlassung wird es dem Arbeitnehmer unmöglich, die von ihm geschuldete Leistung zu erbringen. Dies hat der Arbeitgeber zu vertreten. Auch die Bestimmung von § 324 Abs. 1 Satz 2 ist der des § 615 BGB Satz 2 nahezu gleichlautend.

Die Ansprüche aus § 615 BGB bezw. § 324 BGB waren abgesehen von etwaigen noch später zu behandelnden Schadensersatzansprüchen nach dem alten Arbeitsrecht die einzigen Ansprüche, die der Arbeitnehmer im Falle der ungerechtfertigten Entlassung erheben konnte. Seit dem Inkrafttreten des Betriebsrätegesetzes bieten sich nun für den Arbeitnehmer noch weitere Möglichkeiten, gegen eine ungerechtfertigte Entlassung Stellung zu nehmen. Allerdings ist scharf zwischen den einzelnen Ansprüchen, die in ihrer Tendenz weit auseinandergehen, zu unterscheiden. Auf der einen Seite steht die Frage der zivilrechtlichen Würdigung der Entlassung, auf der andern Seite ihre soziale Rechtfertigung nach den Bestimmungen des Betriebsrätegesetzes. Zur näheren Darstellung des gegenseitigen Verhältnisses zwischen

---

[54]) Vgl. zu dieser Frage: Helms, „Mitwirkendes Verschulden bei fristloser Entlassung" in „Gewerbe- und Kaufmannsgericht" 18. Jahrgang Sp. 25 ff.

dem vertraglichen Anspruch nach dem BGB und dem sozialrechtlichen Anspruch nach dem BRG ist zunächst einmal die Frage zu erörtern, ob überhaupt im Falle der fristlosen Entlassung ein Kündigungseinspruch im Sinne des § 84 BRG ff. möglich ist. Diese Frage wird von den maßgebenden Kommentaren mit Recht bejaht.[55]) Die Möglichkeit des Einspruches bei fristloser Entlassung folgt in erster Linie daraus, daß jede fristlose Entlassung hilfsweise die fristgemäße Kündigung enthält und dieser gegenüber der Arbeitnehmer seinen Einspruch geltend machen kann, gestützt auf einen der 4 Einspruchsgründe des § 84 Abs. 1 BRG. Nach Flatow (§ 84 Anm. 13a) ist im Bestreiten des außerordentlichen Kündigungsgrundes durch den Entlassenen und in der gleichzeitigen Einspruchseinlegung stillschweigend eine Berufung auf § 84 Abs. 1 Ziff. 4 BRG (unbillige Härte) zu erblicken.

Auf welche Gründe kann nun im Falle der fristlosen Entlassung der Einspruch gestützt werden?

Hier ergeben sich zwei verschiedene Auslegungen des seinem Inhalte nach sehr zweifelhaften Absatz 2 des § 84 BRG.

Die eine Auslegung geht dahin, daß § 84 Abs. 2 BRG einen selbständigen 5. Einspruchsgrund schafft, sodaß der Einspruch nur mit dem Fehlen eines Grundes zur fristlosen Entlassung begründet zu werden braucht und eine Verbindung mit einem der 4 in Absatz 1 genannten Gründe nicht erforderlich ist.

Demgegenüber wird die Ansicht vertreten, daß § 84 Abs. 2 BRG keinen selbständigen Einspruchsgrund enthält, sodaß der Einspruch nur begründet ist, wenn ein Grund zur fristlosen Entlassung nicht vorhanden und außerdem einer der vier in Absatz 1 des § 84 BRG genannten Gründe gegeben ist.

Die erstere Meinung ist die des Reichsgerichtes.[56]) Die Gründe, die hierfür angegeben werden, sind etwa folgende: Nach dem Wortlaut des § 84 Abs. 2 BRG sei der Einspruch auch im Falle der fristlosen Entlassung und zwar nur unter Berufung darauf zulässig, ein gesetzlicher Grund zur Entlassung liege nicht vor; § 84 Absatz 2 BRG enthalte nur Selbstverständliches und wäre überflüssig, wenn er nicht einen

---

[55]) Vgl. Flatow 12. Aufl. S. 356 mit angegebener Literatur; Mansfeld BRG Seite 299; Feig-Sitzler 11./12. Aufl. BRG 1928 Seite 231; — a. M.: Hueck-Nipperdey, I Seite 320.

[56]) Vgl. RGZ Bd. 105, 132; 108, 98; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht S. 239; Hueck in NZfAR 1921 S. 209 und 1924 Seite 19.

selbständigen Einspruchsgrund enthalte. Und schließlich sei bei fristloser Entlassung von Betriebsvertretungsmitgliedern nach § 96 Abs. 3 BRG der Einspruch nach Maßgabe des § 84 Abs. 2 statthaft. Schon darin liege die Hervorhebung, daß § 84 Abs. 2 BRG einen selbständigen Einspruchsgrund enthalte.

Demgegenüber ist mit der zutreffenden, von den maßgebenden Kommentaren vertretenen Ansicht folgendes anzuführen:

Hätte im Falle der fristlosen Entlassung der Einspruch mit der selbständigen, von den in § 84 Abs. 1 Ziff. 1 — 4 BRG aufgeführten Gründen unabhängigen Begründung, ein Grund zur fristlosen Entlassung liege nicht vor, zulässig sein sollen, so wäre es das nächstliegende gewesen, diesen weiteren Einspruchsgrund unter Ziff. 5 an die übrigen vier vorher genannten Einspruchsgründe anzufügen. In welchen Fällen der Einspruch gegen eine Kündigung aber zulässig ist, ist in § 84 Abs. 1 BRG gesagt. Abs. 2 setzt lediglich hinzu, im Falle fristloser Kündigung könne der, wie zu ergänzen ist, bereits unter Berufung auf einen der Gründe des Abs. 1 erhobene Einspruch auch darauf gestützt werden, daß ein w. G. nicht vorliegt.[57])

Wenn das RG überhaupt die Frage, ob § 84 Abs. 2 BRG einen selbständigen 5. Einspruchsgrund schafft, bejaht, so kann das nur daran liegen, daß es die Fragen der Wirksamkeit der fristlosen Entlassung als solcher und deren sozialen Rechtfertigung nicht mit genügender Schärfe auseinanderhält. Wendet sich der Arbeitnehmer gegen die fristlose Entlassung, so geschieht dies doch, weil ein w.G. zur Entlassung nicht vorgelegen hat und nicht deshalb, weil die Kündigung sozial ungerechtfertigt ist.

Flatow (Seite 357 ff.) weist mit Recht hin, daß man den fristlos entlassenen Arbeitnehmer besser stellt als den fristgemäß gekündigten, wenn man ihm die Möglichkeit geben wollte, seinen Einspruch allein damit zu begründen, daß die fristlose Entlassung als solche ungerechtfertigt ist.

Der z. B. wegen eines Wortwechsels fristlos entlassene Arbeiter hätte in diesem Falle Rechte, die er bei fristgemäßer Kündigung (weil ihm kein Einspruchsgrund aus § 84 Abs. 1 Nr. 1—4 zur Seite stünde) nicht besitzen würde. Flatow sieht die Bedeutung des Abs. 2 des § 84 BRG vor

[57]) Vgl. Komm. v. Flatow, Mansfeld, Feig-Sitzler a.a.O.; Kaskel 2. Aufl. S. 135; Osthues in NZfAR 1923, 497 ff.; Bensh. Slg. Bd. 1 S. 379 LAG, Bd. 3 S. 133 LAG.

allem darin, daß er auf die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit des Einspruches auch bei fristloser Entlassung hinweist nicht mit dem Ziel, im Einspruchsverfahren das allein gerichtlich verfolgbare Restgehalt bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigung zu erhalten, aber mit der Absicht auf Weiterbeschäftigung oder Entschädigung nach § 87 BRG. Im Einklang mit der herrschenden Lehre und im Widerspruch zu der Anschauung des RG muß also im Falle der fristlosen Entlassung der Einspruch auch immer darauf gestützt werden, daß einer der Tatbestände des § 84 Abs. 2 Ziff. 1—4 gegeben ist, um eine für den Arbeitnehmer günstige Entscheidung des Gerichtes zu erzielen. Ist dies der Fall, dann kann der Arbeitnehmer neben der als Arbeitslohn zu betrachtenden Vergütung nach § 615 BGB noch eine sogenannte Abgangsentschädigung verlangen, die sich nach § 87 BRG bestimmt. Damit ist seit dem Inkrafttreten des BRG für den Arbeitnehmer eine doppelte Bekämpfungsmöglichkeit der fristlosen Entlassung gegeben, wenn er bestreitet, daß ein w.G. zur Entlassung vorliege; einmal mit der Vertragsklage nach § 615 (324) BGB und dann mit der Einspruchsklage nach dem BRG. Letztere ist in allen Fällen gegeben, wo der Arbeitnehmer behauptet, daß auch zur ordentlichen, befristeten Lösung des Arbeitsverhältnisses kein ausreichender Grund vorliegt. Umstritten ist lediglich die Frage, ob der Entlassene, der zunächst nur die Einspruchsklage nach dem BRG durchgeführt und die Abgangsentschädigung des § 87 erstritten hat, nachträglich außerdem noch auf Lohnzahlung für die Kündigungsfrist klagen kann. In den beiden erwähnten Entscheidungen (RGZ 105, 132; 108, 98) führt das RG aus, daß dem Entlassenen sowohl die Vertrags- wie auch die Einspruchsklage nebeneinander zustehen, aber seine vertraglichen Ansprüche als abgegolten zu betrachten sind durch die Abgangsentschädigung gemäß § 87 BRG, wenn der Arbeitnehmer auf Grund seiner Einspruchsklage schon die Entscheidung des Arbeitsgerichtes herbeigeführt hat. Diese Entscheidung des RG erscheint unverständlich, wenn man sich die ganz verschiedene Natur dieser beiden Ansprüche vor Augen stellt und hat dementsprechend auch in der Praxis und Rechtslehre überwiegende Ablehnung gefunden.[58]) Das RG ist zu seiner Meinung in konsequenter Durchführung der

[58]) Vgl. Flatow in Dersch-Flatow-Hueck-Nipperdey, Rspr. des RG zum Arbeitsrecht, S. 313; und Flatow BRG S. 379 ff.; LAG Mannheim in Bensh. Slg. Bd. 1 S. 342 Nr. 121 LAG.;

abwegigen Ansicht gekommen, daß die Bestimmung des § 84 Abs. 2 BRG über die fristlose Entlassung einen 5. Kündigungsgrund darstellt. Vertritt man aber diese Meinung nicht, dann ist die Frage, ob der Dienstpflichtige seine vertraglichen Ansprüche wegen ungerechtfertigter Entlassung neben einer ihm auf Grund der §§ 84, 87 BRG zugeflossenen Entschädigung geltend machen kann, im bejahendem Sinn zu beantworten. Die beiden Ansprüche können auch gleichzeitig geltend gemacht werden; für sie ist nunmehr das Arbeitsgericht zuständig (Flatow § 86 Anm. 8).

Der Anrufung des Arbeitsgerichtes durch den betreffenden Gruppenrat oder durch den Arbeitnehmer selbst hat ein Verfahren vor dem Gruppenrat vorherzugehen, dessen nähere Einzelheiten hier nicht erörtert zu werden brauchen. Auf jeden Fall handelt es sich um eine formlose Anrufung des Arbeiter- oder Angestelltenrates binnen 5 Tagen nach der Kündigung mit der Begründung, daß:

1.) ein Grund zur fristlosen Entlassung nicht vorgelegen habe und
2.) gegen die in der fristlosen Entlassung liegende ordnungsmäßige Kündigung einer der vier Einspruchsgründe des § 84 Abs. 1 BRG gegeben sei. In der Berufung auf Ziffer 4 (unbillige Härte) wird in der Regel allein schon ein stillschweigendes Bestreiten des außerordentlichen Kündigungsgrundes gesehen werden können.

Inwieweit ist etwa bei vertraglichem Kündigungsausschluß eine Klage auf Feststellung eines Grundes zur außerordentlichen Kündigung möglich in den Fällen, wo eine Restlohn- oder Restgehaltszahlung gar nicht in Frage kommt? Literatur und Rechtsprechung haben wohl mit Recht angenommen, daß es in diesem Fall zulässig sei, auf die Feststellung eines w.G. zur fristlosen Entlassung zu klagen. Die Klage aus §§ 86, 87 BRG ist ja an sich an die Entscheidung über den w.G., d. h. über die Berechtigung des Arbeitgebers zur fristlosen Entlassung gebunden.[59])

Was die zukünftige Regelung des Verhältnisses zwischen privatrechtlicher und sozialrechtlicher Bekämpfung der fristlosen Entlassung in ihren gegenseitigen Wechselbeziehungen anlangt, so kommt hier zunächst der § 148 AVE in Betracht, wonach gegenüber einer Kündigung des Arbeitgebers die Klage auf Widerruf im wesentlichen aus den auch im § 84

[59]) Vgl. Schäfer NZfAR 1921 S. 545; Flatow BRG § 86 Anm. 8 mit näheren Literaturangaben.

Abs. 1 enthaltenen Gründen zugelassen wird. § 157 AVE bestimmt: Fehlt der w.G. bei der fristlosen Kündigung, so gilt sie im Zweifel als Kündigung zum zunächst zulässigen Zeitpunkt. Aldann findet § 148 AVE Anwendung mit der Maßgabe, daß durch jede binnen einer Woche eingereichte Klage, aus der sich die Nichtanerkennung der Kündigung ergibt, die Frist des § 149 gewahrt ist, sofern der Anspruch auf Widerruf im Laufe des Verfahrens geltend gemacht ist. (Siehe Bewer, Jherings Jahrbücher Bd. 74 Seite 159 ff.).

§ 11.

Schadenersatzansprüche im Bereich der fristlosen Entlassung.

Hat der Arbeitnehmer die fristlose Entlassung durch vertragswidriges Verhalten verursacht, so hat er gemäß § 628 Abs. 2 BGB dem Arbeitgeber den durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schaden zu ersetzen. Diese Bestimmung gilt auch wieder allgemein für die unter die Spezialgesetze fallenden Arbeitnehmer und ist im § 70 Abs. 2 HGB noch einmal besonders hervorgehoben. Das Verhalten des Arbeitnehmers muß hier objektiv und subjektiv vertragswidrig sein. Vertragswidrig ist nach Oertmann (S. 231) im Sinne der subjektiv verschuldeten Nichterfüllung des Vertrages zu verstehen. Nicht vertragswidrig handelt auf jeden Fall der Arbeitnehmer, wenn er zur Leistung der Dienste ohne Verschulden, z. B. durch Krankheit unfähig wird. Es muß ein direktes Verschulden des Arbeitnehmers vorliegen, das kausal ist für die Dienstaufhebung und diese wiederum für den entstandenen, vom Arbeitgeber nachzuweisender Schaden. Aus Vorkommnissen, die die Kündigung nicht veranlaßt haben, kann kein Schadenersatz hergeleitet werden. (Vgl. Recht 1921 Nr. 633).

Der Schaden des Arbeitgebers wird sich gemäß § 249 BGB festlegen lassen. Er wird meist in entgangenem Gewinn oder in den Spesen bestehen, die durch Anstellung neuer Arbeitnehmer erwachsen sind. Ein Schaden kann auch dadurch entstehen, daß durch die fristlose Entlassung die von dem Entlassenen im Spezialbetriebe bearbeiteten Rohstoffe ungenützt verkommen. Zufolge der Bestimmungen des § 628 Abs. 2 BGB und des § 70 Abs. 2 HGB kann der Prinzipal z.B. die Differenz ersetzt verlangen, zwischen dem Lohn, den er einem wegen vertragswidrigem Verhalten vorzeitig entlassenen Handlungsgehilfen hätte zahlen müssen und dem höheren Gehalt, den er der an seiner Stelle engagierten Aushilfskraft zu zahlen genötigt ist.

Hat durch die vorzeitige Entlassung die bisher von dem Gehilfen geleistete Arbeit an Wert verloren, und ist deswegen dem Prinzipal ein Schaden erwachsen, der durch die in einem solchen Fall eintretende Verminderung des Vergütungsanspruches des Gehilfen gemäß § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gedeckt ist, so kann der Arbeitgeber wohl auch diesen weiter gehenden Schaden geltend machen. (Vgl. Titze S. 709).

Bestritten ist die Frage, ob mehrere Arbeitnehmer, die miteinander wegen des gleichen, zum Schadenersatz verpflichtenden Grundes entlassen worden sind, nun als Gesamtschuldner für den dadurch entstandenen Schaden dem Arbeitgeber haften. Im Anschluß an Volkhausen (S. 67) ist diese Frage zu verneinen.[60]) Eine derartige gesamtschuldnerische Haftung kann von der Seite des Arbeitsvertrages her gar nicht begründet werden; da mit jedem einzelnen Arbeiter doch ein einzelner Arbeitsvertrag geschlossen wird, können die Bestimmungen der §§ 421, 427 BGB auch keine Anwendung finden.

Eine gesamtschuldnerische Deliktshaftung kann aber in den Fällen eintreten, wo mit dem vertragswidrigen Verhalten mehrerer Arbeitnehmer gleichzeitig auch der Tatbestand einer unerlaubten Handlung, z. B. gemeinschaftlich begangener Diebstahl im Betriebe, zusammentrifft (§§ 823 ff., 830, 840 BGB).

Die Ansprüche aus § 628 Abs. 2 BGB, § 70 Abs. 2 HGB stützen sich zunächst auf das bisher zwischen den Parteien bestehende Dienstverhältnis, stellen aber keine Vertragserfüllungsansprüche, sondern reine Schadenersatzansprüche dar. Der Arbeitgeber, der einen solchen Anspruch geltend macht, will ja gar nicht mehr die Erfüllung des Vertrages, sondern er hat vor allem die Lösung des ganzen Arbeitsverhältnisses im Auge. Zudem spricht ja das Gesetz ganz deutlich vom „Ersatz des Schadens, der durch die Aufhebung des Dienstvertrages entstanden ist." Damit wird doch gezeigt, daß es sich hier nicht mehr um einen Anspruch aus dem Gesichtspunkt der Vertragserfüllung handeln kann.

Wenn es sich nun um Schadenersatzansprüche handelt, ist für die Anwendung des § 254 BGB der Raum frei.[61])

[60]) Vgl. Sigel S. 185 ff.; Lotmar, II S. 145; Staudinger BGB § 623 Anm. III, 3; a. M.: RGZ 47, 246; Lindemann-Soergel § 628 BGB Anm. 8; RGR Komm. § 628 Anm. 5.

[61]) Ebenso: Staub-Koenige HGB § 70 Anm. 18 und 22a; Düringer-Hachenburg HGB § 70 Anm. 22; Sigel, Seite 185; Hueck S. 87; RG in RGZ 71, 191.

Die Schadenersatzpflicht mindert sich oder fällt ganz weg, wenn auch der kündigende Arbeitgeber sich ein vertragswidriges Verhalten hat zuschulden kommen lassen oder doch wenigstens an dem vertragswidrigen Verhalten des Arbeitnehmers mitschuldig gewesen ist. (Siehe RG in Recht 1913 Nr. 33.).

Neben diesen Schadenersatzansprüchen, die der Arbeitgeber geltend machen kann, stehen nun auch solche des Arbeitnehmers bei ungerechtfertigter fristloser Entlassung. Zunächst kann ein derartiger Schadenersatzanspruch an Stelle des Anspruches auf Weiterentlohnung im Sinne der §§ 324, 615 BGB in Betracht kommen. Letzterer hat natürlich erhebliche Vorteile, wie das Konkursprivileg, Unpfändbarkeit und Unaufrechenbarkeit. In den meisten Fällen kann demnach Schadenersatz nur dann in Frage kommen, wenn der Lohnanspruch versagt, aber hier wird auch meist kein nachweisbarer Schaden vorhanden sein. Anders steht es mit dem sogenannten Bauschentschädigungsanspruch (§§ 124b, 133e RGO). Zu dessen Geltendmachung ist der Nachweis einer Schädigung gar nicht erforderlich. Der zu Unrecht entlassene Gewerbegehilfe, der sofort wieder einen neuen Arbeitsplatz gefunden hat, kann von dem bisherigen Arbeitgeber gemäß § 124b RGO Schadenersatz bis zur Höhe des sechsfachen ortsüblichen Tagelohnes verlangen, während der Weiterentlohnungsanspruch hier daran scheitert, daß er sofort eine neue Stellung erlangt hat, da ihm natürlich gemäß § 615 S. 2 BGB auf den Lohnanspruch ein neuer Verdienst anzurechnen ist. Zudem kommen ja in diesen Fällen in der Regel ganz kurze Kündigungsfristen in Frage. Auf diesen Bauschentschädigungsanspruch hat die Bestimmung des § 615 Satz 2 BGB keinerlei Wirkung. Tritt aber nach dem § 87 BRG ff. die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses im Falle der Weiterbeschäftigung ein, dann wird § 124b RGO nicht in Anwendung kommen. Von Seiten des Arbeitnehmers kann aber unter besonderen Umständen auch Schadenersatz verlangt werden neben dem Anspruch aus § 615 BGB. Allerdings kann von einer Geltendmachung eines höheren Schadens und damit von einer Haftung des Arbeitgebers über die Kündigungsfrist oder über den vertraglichen Endtermin des Dienstverhältnisses hinaus nur ausnahmsweise die Rede sein, aber es sind derartige Fälle denkbar. Auch in dem Fall, wo der Arbeitgeber die Entlassung zurücknimmt, fällt unter Umständen der Anspruch eines grundlos entlassenen Arbeitnehmers nicht ohne weiteres fort. Der Angestellte, der durch

die in Gegenwart der ihm unterstellten Arbeiter erklärte Entlassung an Ansehen verloren hat, kann die Beseitigung der Herabsetzung verlangen (Vgl. OLG Hamm in ROLG 36, 78), wenn die Entlassung sich später als ungerechtfertigt herausstellt. Hier wird man, wenn die Ehrenkränkung sich als nicht zurechtbestehend erwiesen hat, dem Angestellten nicht nur die Gehaltszahlung für die Dauer der Kündigungsfrist, sondern darüber hinaus einen Anspruch auf Schadenersatz für die weitere Zeit der Stellungslosigkeit zubilligen müssen.

§ 12.

Objektive Gründe zur fristlosen Entlassung.

Die Frage, ob Betriebsstillegung oder Unrentabilität des Betriebes für den Arbeitgeber einen w. G. zur Entlassung des Arbeitnehmers darstellen, ist in der Literatur schon häufig erörtert worden und bedarf auch hier einer besonderen Untersuchung. Wollte man schlechthin dem Unternehmer das Recht geben, im Falle der Unrentabilität seines Geschäftes, ohne weiteres den Arbeitnehmer zu entlassen, so wäre dadurch Willkürmaßnahmen jeder Art Tür und Tor geöffnet. Der Arbeitgeber hätte ein leichtes Mittel, sich trotz aller Schutzbestimmungen eines unbequemen auf lange Jahre hinaus unkündbaren Angestellten plötzlich zu entledigen, ganz abgesehen davon, daß es dadurch ermöglicht würde, in unzulässiger Weise das Betriebsrisiko, das nach der herrschenden Lehre und auch nach der Rechtsprechung des RAG — wenigstens soweit es sich im gewöhnlichem Rahmen bewegt — der Arbeitgeber zu tragen hat, auf den wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmer abzuschieben.[62]). In den früheren Entscheidungen (Vgl. JW 1911, 158; 1912, 250) erklärt das RG in ziemlich allgemein gehaltenen Ausführungen, es sei dem Arbeitgeber nicht zuzumuten, ein nicht lohnendes Geschäft fortzusetzen, deswegen könne er auch bei Geschäftsaufgabe fristlos kündigen. Mit dem Aufkommen mehr sozialer Tendenzen in der Rechtsprechung des RG wird diese Kündigungsmöglichkeit für den Arbeitgeber insoferne erschwert, als das RG die Ansicht vertritt, nur eine ganz besondere Gestaltung der wirtschaftlichen Lage des Arbeitgebers, etwa

---

[62]) Nach Sinzheimer, „Arbeitsrecht" 1924 S. 78, ist es gerade die spezielle Funktion des Arbeitgebers, Arbeitskräfte auf eigene Rechnung und Gefahr zu verwerten. Vgl. auch Hueck S. 85, Oertmann S. 221; RGZ 103, 61.

ein den wirtschaftlichen Fortbestand ernstlich bedrohender Niedergang, nicht etwa des einzelnen Betriebes, sondern des in Betracht kommenden Gesamtunternehmens, der die fristlose Kündigung auch wirtschaftlich gerechtfertigt erscheinen läßt, könne sie auch rechtlich statthaft machen (Vgl. RG in JW 1927, 245). Auch in der Praxis der unteren Gerichte findet sich die Feststellung ähnlich erschwerter Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer fristlosen Entlassung; nur unter besonderen Umständen ist der wirtschaftliche Niedergang des Unternehmens w.G. (LG Bremen in NZfAR 1925), bloße Unrentabilität des Betriebes, soweit sie nicht auf eine schwere, plötzlich eingetretene wirtschaftliche Krise zurückgeht, ist an sich noch nicht als w.G. zu betrachten (OLG München in ROLG 38, 173. Vgl. auch NZfAR 1924, 590; Kaskel S. 133.).

Die Folge der Unrentabilität wird in der Regel die sein, daß der Arbeitgeber nunmehr seinen Betrieb schließt. Durch welche Ereignisse kann es nun zu einer Betriebsstockung bezw. zur Betriebsstillegung und damit zur fristlosen Entlassung des Arbeitnehmers kommen?

Dr. Hans Heim unterscheidet in einem Aufsatz in JW 1925 S. 185 zwischen Fällen, in denen Betriebsstockungen durch Absatzstockungen und ähnliche rein wirtschaftliche Gründe veranlaßt worden sind und Fällen, in denen der Betrieb durch Ereignisse rein politischer oder elementarer Natur stillgelegt worden ist. Auch er gelangt zu dem Ergebnis, daß Mangel an Rentabilität und eine aus diesem Grund erfolgte Einstellung oder Aufgabe des Betriebes den Arbeitgeber nicht zur sofortigen Aufkündigung bestehender Dienstverträge berechtigt. Besonders Betriebsstörungen, die auf Absatzstockungen und ähnliche wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sind, werden niemals einen w. G. darstellen. Auch die Verordnung über „Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung“ hat in ihrem § 21 vorgesehen, daß ein „durch Mangel an Kohle und Rohmaterial verursachter Zwang zur vorübergehenden Betriebseinstellung nicht als w.G. gilt.“ Die Frage des Einflusses einer Betriebsstillegung auf bestehende Arbeitsverträge ist besonders während der Ruhrbesetzung akut geworden, wo zahlreiche industrielle Unternehmungen in die Lage versetzt waren, ihren Betrieb zu schliessen und sich nun schlechhin auf den w. G. zur fristlosen Entlassung ihrer Arbeitnehmer beriefen.

Wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB ist durchaus nicht jede wesentliche Veränderung in der wirtschaftlichen

Lage einer der Parteien, sondern der Grund muß in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Anstellungsvertrag stehen. Er muß also entweder mit dem persönlichen Verhältnis der Parteien zueinander oder mit der vertraglichen Leistung zusammenhängen.[63])

Ohne Zweifel spielt gerade bei Erörterungen des Problems „Betriebseinstellung und Entlassung" die Frage der „Zumutbarkeit" eine Rolle. Diese entspringt ihrerseits aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dem gerade im Kündigungsrecht ein sehr großer Raum zukommt. Unter diesem Gesichtspunkt läßt das RG die fristlose Kündigung ausnahmsweise zu, wenn nach den tatsächlichen Verhältnissen vernünftigerweise und nach Treu und Glauben dem Dienstberechtigten die Weiterführung des Betriebes unter keinen Umständen zugemutet werden kann, wobei aber gerade hier eine besonders strenge Prüfung aller Verhältnisse nötig ist. (JW 1927, 245). Doch ist auch in diesen Fällen zu beachten, daß der Arbeitgeber in der Regel das Betriebsrisiko trägt und ihm deshalb meist die Innehaltung der ordentlichen Kündigungsfrist zuzumuten ist.[64]) Das Arbeitsverhältnis, vor allem der gewerblichen Arbeiter ist nicht darauf zugeschnitten, daß es vom wirtschaftlichen Risiko des Arbeitsherrn beeinflußt wird. Nur da, wo das zur Geschäftsaufgabe führende Ereignis im Widerspruch mit allen Lebenserfahrungen eingetreten ist und darum nur sehr entfernt in das Unternehmerrisiko eingestellt zu werden braucht, wird der Prinzipal, wenn schon nicht zur sofortigen Kündigung, so doch befugt sein müssen, das unter einer längeren Bindung als der gesetzlichen Kündigungsfrist eingegangene Dienstverhältnis unter Wahrung der gesetzlichen Frist zu kündigen (Siehe Titze S. 713).

Eine andere Frage ist, ob der Tod des Arbeitgebers die fristlose Entlassung der Arbeitnehmer rechtfertigt. An sich wird man diese Frage verneinen müssen. Sind Erben vorhanden, so sind diese ja die Rechtsnachfolger des verstorbenen Arbeitgebers; nachdem ihnen das Geschäft zugefallen ist, ist es ihnen wohl zuzumuten, das Personal bis zum nächsten gesetz-

---

[63]) Siehe auch G. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag S. 292 ff.; Oertmann, BGB 3./ 4. Aufl. II. Anm. 2 zu § 626.

[64]) Siehe auch Urteile der GG Gelsenkirchen und Düsseldorf in „Recht und Rechtspraxis" Nr. 1 (Deutsche Techniker-Zeitung 1924); Staub-Koenige § 70 Anm. 5; auch Potthoff „Arbeitsrecht" 1924, S. 19 ff.

lichen oder vertraglichen Kündigungstermin zu beschäftigen und zu entlohnen. Allerdings sind von der Rechtsprechung gewisse Fälle anerkannt worden, in denen der Tod des Geschäftsinhabers doch einen w. G. nach § 626 BGB abgeben kann. Dies ist dann der Fall, wenn die Erben für ihre Person das Geschäft nicht fortführen können (RGZ 58, 257) oder wenn den Erben des Arbeitgebers die Aufrechterhaltung des Vertrages unter Aufopferung ihres eigenen Vermögens nicht zugemutet werden kann.

In einer Entscheidung des RG (JW 1924, 177) wird mit Bezug auf die vorzeitige Lösung eines Agenturverhältnisses, dann aber auch mit allgemeiner Bedeutung für Dienstverhältnisse überhaupt, ausgeführt, daß die Ehefrau des verstorbenen Prinzipales, die wegen Mangel an geschäftlicher Erfahrung und kaufmännischer Ausbildung zur ersprießlichen Fortführung des Geschäftes ungeeignet und unfähig sei, das Geschäft aufgeben und die Angestellten fristlos entlassen könne, da ihr unter den obwaltenden Umständen eine Fortführung des Geschäftes ihres Ehemannes nicht zuzumuten sei. Diese Stellungnahme des RG steht aber mit den Grundsätzen der Billigkeit nicht im Einklang. Auch hier handelt es sich wieder um die Verteilung des Betriebsrisikos. In dieser Entscheidung läßt das RG das Betriebsrisiko ohne weiteres dem Arbeitnehmer zufallen. Mit Titze (JW 1924 S. 177 ff.) läßt sich der Anschauung des RG gegenüber anführen, daß gerade die Möglichkeit der Fortsetzung des Betriebes sich als typisches Berufsrisiko des Arbeitgebers darstellt, das er nicht mit Hilfe der fristlosen Entlassung auf den Arbeitnehmer abwälzen kann. Diese Stellungnahme würde aber dann zu einer Unbilligkeit gegenüber den Erben des Arbeitgebers führen, wenn der verstorbene Unternehmer mit seinen Angestellten Dienstverträge auf lange Zeit hinaus abgeschlossen hat. Hier wird man zwar dem Erben nicht das Recht zur fristlosen Entlassung zubilligen dürfen, aber ihm die Möglichkeit einer gesetzlich befristeten Kündigung aus w.G. einräumen müssen.[65])

Eine ähnliche Situation ist vorhanden, wenn der Arbeitgeber sein Geschäft veräußern und aus diesem Grunde den Arbeitnehmer entlassen will. Ist das Motiv zu dieser Veräusserung etwa mangelnder Gewinnertrag oder will der Geschäftsherr sich überhaupt aus dem Geschäftsleben zurückziehen, so kommt ihm dieser Entschluß sicher nicht auf einmal, sondern er hat lange genug Zeit, sich die aus einer

[65]) Vgl. Titze S. 707 und 713.

Geschäftsaufgabe ergebenden Folgen zu überlegen und innerhalb der gesetzlichen oder vertraglichen Fristen seinen Angestellten zu kündigen. Eine fristlose Entlassung kommt hier nicht in Frage.

An sich bietet der Ausbruch eines Krieges für den Arbeitgeber noch keine Möglichkeit, bestehende Dienstverträge fristlos zu lösen (RGR Komm. § 626 Anm. 1). Im Anschluß an die Ausführungen bezüglich der Betriebsstillegung ist davon auszugehen, daß ein w. G. nach § 626 BGB nicht schon dann vorliegt, wenn die unter Einwirkung des Krieges entstehende wirtschaftliche Lage den Betrieb, für den der Dienstpflichtige tätig zu sein hat, nicht mehr als lohnend erscheinen läßt, ja selbst dann nicht, wenn aus diesem Grunde der Dienstberechtigte sich zur Einstellung des Betriebes entschließt. Die Folgeerscheinungen eines Krieges können für den Arbeitgeber erst dann einen Grund zur Entlassung abgeben, wenn die Weiterführung des Betriebes überhaupt unmöglich erscheint und dies ist regelmäßig dann der Fall, wenn nach den tatsächlichen Verhältnissen (z. B. feindliche Besetzungen, Zerstörung des Betriebes) dem Arbeitgeber die Weiterführung unter keinen Umständen zugemutet werden kann.[66]) Einen w. G. zur Entlassung können auch durch den Kriegsausbruch veranlaßte staatliche Maßnahmen bilden, die eine Fortführung des Geschäftes unmöglich machen, man denke nur an den Fall der Aushebung sämtlicher Pferde in einem Fuhrgeschäft.

Die Einziehung des Arbeitgebers zum Kriegsdienst gewährt für ihn noch kein Recht zur vorzeitigen Vertragsbeendigung. Bestellung eines Vertreters, bezw. Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft (§ 1911 Abs. 1, 2 BGB) werden hier einen, freilich oft nur äußerst geringen Notbehelf darstellen, um geschäftliche Schäden so gut wie möglich abzuwenden. Denkbar sind aber Fälle, wo ein Geschäft so sehr mit der Person des Inhabers verknüpft ist, daß man diesem nach seiner Einziehung eine Fortsetzung des Betriebes nicht zumuten kann und infolgedessen ein Grund zur Entlassung vorliegt.

Zweifelhaft ist noch die Frage, ob im Falle eines Krieges der Arbeitgeber einen in seinem Dienst befindlichen Arbeitnehmer entlassen kann, der die Staatsangehörigkeit eines

---

[66]) Vgl. RGZ 87, 349; ROLG 38, 173; DJZ 1915, 529; JW 1916, 261; Haußmann in JW 1915, 635; Josef in Gruchot Bd. 59 in „Die Einwirkung des Krieges und der Kriegsgesetze auf Dienstverträge des bürgerlichen, Handels- und Gewerberechtes."

feindlichen Staates besitzt. An sich wird man sagen müssen, daß der Grundsatz „pacta sunt servanda" auch in diesem Fall Geltung hat und der Angestellte nicht deswegen seine Stellung verlieren muß, weil zufällig sein Land mit Deutschland Krieg führt.[67]) Die Sachlage gestaltet sich aber anders, wenn der Angestellte im Geschäfte selbst seine Feindseligkeit zum Ausdruck bringt und dadurch Anstoß erregt oder wenn die Tätigkeit des Angestellten den Ruf des Geschäftes bei der Kundschaft schädigt. Aehnlich ist es auch, wenn er von der deutschen Behörde interniert und auf diese Weise seine Arbeitskraft dem Geschäftsherrn entzogen wird. In diesen Fällen ist dem Dienstberechtigten ein Entlassungsrecht zuzubilligen.

§ 13.

Wichtige Gründe in der Person des Arbeitnehmers und die gesetzlich normierten Gründe.

Im vorhergehenden Abschnitt wurde eine Darstellung der objektiven Gründe zur Entlassung gegeben, an deren Entstehung der Arbeitnehmer als solcher unbeteiligt ist. Im weiteren seien nun die Gründe zur fristlosen Entlassung einer Betrachtung unterzogen, die ihren Entstehungsgrund in der Person des Arbeitnehmers haben, gleichgültig ob sie von diesem verschuldet sind oder nicht. In der Regel fallen nun diese w. G. mit den Gründen zusammen, die der Gesetzgeber in den verschiedenen Spezialgesetzen, wie im HGB, RGO usw. katalogweise zusammengestellt hat. (Die Bestimmungen der Seemannsordnung fallen an sich nicht in den Rahmen dieser Abhandlung.) Aber es handelt sich auch um eine Anzahl von Gründen, die nur als w. G. im Sinne der allgemeinen Entlassungsklauseln der § 626 BGB, 70 HGB, §§ 124a, 133b RGO zu verwenden sind. Im folgenden sollen nun die gesetzlich normierten Gründe nicht streng nach dem allgemein üblichen Schema in der Reihenfolge der jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen behandelt werden, sondern im Rahmen der allgemein wichtigen Gründe in der Person des Arbeitnehmers erscheinen. Eine derartige Anordnung erlaubt vor allem, auf die in der Praxis wichtigsten Fragen wie Streik, Arbeitsunfähigkeit, Beleidigung usw. und ihre Bedeutung für das Entlassungsrecht besser einzugehen, während die seltener vorkommenden Fälle, die über den Gesetzeswortlaut hinaus keiner

---

[67]) Vgl. auch JW 1915, 613; 1916, 1032; Lindemann-Soergel BGB § 626 Anm. 9.

eingehenderen Erörterung bedürfen, nur ganz kurz gewürdigt werden sollen.

Zunächst sei nur eine kurze Betrachtung des Verhältnisses der sogenannten Generalklausel des § 626 BGB zu den in den Spezialgesetzen aufgestellten Normen vorausgeschickt. Die Bestimmung des § 626 BGB, vom Handelsgesetzbuch in dessen § 70 wiederholt, gilt für alle Dienstverhältnisse mit Ausnahme gewerblicher Arbeitnehmer. Für diese enthält § 123 RGO eine erschöpfende Regelung, soweit das Arbeitsverhältnis nicht mindestens auf 4 Wochen eingegangen oder eine längere als 14 tägige Kündigungsfrist vereinbart ist (§ 124a RGO). Zur Zeit der Entstehung des BGB war man sich im Unklaren darüber, ob der § 626 BGB mit seiner allgemeinen Entlassungsklausel die engere Bestimmung des § 124a RGO beseitige. Heute ist diese Streitfrage geklärt; die herrschende Meinung ist mit Recht der Ansicht, daß gemäß Art. 32 in Verbindung mit Art. 36 EGBGB der § 124a RGO neben dem § 626 BGB in Kraft bleibt.[68]) Damit sind die Fälle, in denen eine Entlassung gewerblicher Arbeiter aus w. G. erfolgen kann, in § 123 RGO und, sofern die Voraussetzungen hierzu vorliegen, im § 124a RGO erschöpfend geregelt. (LG I Berlin in JW 1927 S. 289). Im übrigen sei bei ausführlicher Behandlung dieser Fragen auf die ausgezeichneten Ausführungen Volkhausens (§ 7 a. a. O.) verwiesen.

Bezüglich der gewerblichen Arbeiter und Angestellten besteht ein Entlassungsgrund bei Täuschung des Arbeitgebers,

> „wenn sie beim Abschluß des Arbeitsvertrages (Dienstvertrag) den Arbeitgeber durch Vorzeigung falscher oder verfälschter Arbeitsbücher oder Zeugnisse hintergangen oder ihn über das Bestehen eines anderen, sie gleichzeitig verpflichtenden Arbeits- (Dienst-) verhältnisses in einen Irrtum versetzt haben" (§§ 123 Abs. 1 Ziff. 1; 133c Abs. 1 Ziff. 1 RGO).

Entscheidend ist bei dieser Täuschung die Tatsache der Vorzeigung falscher oder gefälschter Arbeitsbücher oder Zeugnisse. Es ist nicht erforderlich, daß der Arbeitgeber durch die Fälschung zur Annahme des Arbeiters bewogen worden ist. Hat der Arbeiter den Arbeitgeber in anderer Weise getäuscht, z. B. bezüglich seiner Tüchtigkeit und Arbeitsfähigkeit, so ist dies kein Entlassungsgrund, da eine derartige Täuschung nicht unter den speziellen Fall des § 123 Abs. 1 Ziff. 1 bezw.

---

[68]) Vgl. Kaskel S. 133; Hueck S. 58; Landmann RGO § 124a Anm. 1; Rohrscheidt RGO § 124a Anm. 2.

§ 133c Abs. 1 Ziff. 1 RGO fällt. Da hier die Entlassung auf Tatsachen gestützt wird, die vor dem Abschluß des Dienstvertrages liegen, ist auch Anfechtung nach § 119 bezw. § 123 BGB möglich. (Siehe Landmann RGO § 123 Anm. 3).

Das Bestehen eines anderen Arbeitsverhältnisses wird dann keinen Grund zur fristlosen Entlassung abgeben können, wenn der Arbeitnehmer selbst keine Kenntnis davon hat. Dies ist dann der Fall, wenn er etwa glaubt, sein früheres Dienstverhältnis mit Recht fristlos gekündigt zu haben und aus diesem Grund dem alten Arbeitgeber gegenüber nicht mehr verpflichtet zu sein, während in Wirklichkeit der Grund zum fristlosen Austritt nicht stichhaltig genug war und demgemäß das alte Arbeitsverhältnis noch fortdauert. Hier wird man in Uebereinstimmung mit Volkhausen (S. 46) annehmen müssen, es ermangele dem betreffenden Arbeitnehmer am subjektiven Bewußtsein der Irrtumserregung, und infolgedessen wird man dem neuen Arbeitgeber kein Entlassungsrecht zubilligen können. Es handelt sich ja auch in diesem Fall nicht um einen unredlichen Arbeiter, mit dem zusammenzuarbeiten dem Arbeitgeber nicht zugemutet werden könnte.

Weiterhin können gewerbliche Arbeiter entlassen werden, wenn sie sich eines Diebstahls, einer Entwendung, einer Unterschlagung oder eines Betruges schuldig machen (§ 123 Abs. 1 Ziff. 2 RGO).

Ob eine strafbare Handlung des Arbeitnehmers vorliegt, bestimmt sich hier lediglich nach strafrechtlichen Gesichtspunkten. Doch ist eine vorherige strafrechtliche Verfolgung bezw. Verurteilung nicht erforderlich. Nach einer Entscheidung des GG Erfurt in Bl. f. Soz. Prax. II. 2 Sp. 182 ist eine „Entwendung" auch zu erblicken in der unbefugten Abzeichnung von Mustern (Fabrikgeheimnissen) und deren Verwendung zum Privatgebrauch. Unter Diebstahl fallen auch Raub und Forstdiebstahl.[69]) Außer dem Arbeitgeber kann auch von der Straftat jeder Dritte betroffen werden.[70]) Aus dem Wortlaut „sich schuldig machen" ergibt sich ohne weiteres, daß die strafbaren Handlungen während des Arbeitsverhältnisses begangen sein müssen, frühere Verfehlungen gehören nicht hierher (Landmann RGO § 123 Anm. 4.). Es ist nicht notwendig, daß die erwähnten Straftaten zur Vollendung ge-

[69]) Vgl. Hueck S. 60; Rohrscheidt RGO § 123 Anm. 3; Wölbling-Neubauer S. 80.

[70]) Vgl. Stier-Somlo RGO § 123 Anm. 3; Billerbeck S. 34.

langt sind, auch Diebstahls- und Betrugsversuch gewähren dem Arbeitgeber ein Entlassungsrecht. Das ergibt sich vor allem aus der allgemeinen Anführung der betreffenden Delikte und aus der Tatsache, daß im Reichsstrafgesetzbuch unter der Kategorie Diebstahl, Unterschlagung und Betrug auch die betreffenden Versuchsfälle mitbehandelt sind. Deswegen wird auch immer die Strafbarkeit des Versuches eine Voraussetzung für die Anwendung von § 123 Abs. 1 Ziff. 2 darstellen und der Versuch einer Entwendung nach § 370 Z. 5 des Reichsstrafgesetzbuches hier auszuscheiden haben (Vgl. Volkhausen S. 47). Hehlerei fällt nicht unter § 123 RGO, da sie ein besonderes Delikt darstellt und nicht unter den Begriff des Diebstahles gefaßt werden kann.[71])

Der unsittliche Lebenswandel eines Arbeitnehmers kann einen w. G. zur Entlassung abgeben, und zwar allgemein für diejenigen Arbeitnehmer, die dem bürgerlichen Recht und dem Handelsrecht unterstehen (§ 626 BGB; § 70 HGB), wie auch als gesetzlich normierter Grund für die gewerblichen Arbeiter und Angestellten in § 123 Abs. 1 Ziff. 2 RGO und § 133c Abs. 1 Ziff. 6 RGO. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch verlieh in Art. 64 Ziff. 6 dem Prinzipal ein sofortiges Kündigungsrecht, falls der Gehilfe „sich einem unsittlichen Lebenswandel ergab." Diese Bestimmung wurde dann als zuweitgehend in den § 72 HGB absichtlich nicht aufgenommen. In diesem Zusammenhang spielt auch die Frage der Trunkenheit eine Rolle. Die Pflichtwidrigkeit eines Handlungsgehilfen verliert den Charakter eines für den Prinzipal wichtigen Entlassungsgrundes nicht dadurch, daß sie in einem durch Trunkenheit verschuldeten Zustand der Bewußtlosigkeit begangen wurde. Im Gegenteil wird Trunkenheit im Dienst regelmäßig erschwerend ins Gewicht fallen und im Interesse der Geschäftsdisziplin selbst dann einen w. G. zur Kündigung abgeben, wenn sie im einzelnen nachteilige Folgen für das Geschäft nicht gehabt hat (Vgl. Titze S. 718).

Bei gewerblichen Arbeitern wird eine einmalige Trunkenheit natürlich nicht so sehr ins Gewicht fallen können, bei einem Werkmeister kann dagegen Trunkenheit ohne weiteres zum Anlaß einer fristlosen Entlassung genommen werden. Man wird sagen können, daß Trunkenheit in allen den Fällen, gegen die Vertragspflicht des Arbeitnehmers verstößt, wo durch sie das Ansehen des Betriebes, der durch die Persönlichkeit des Arbeitnehmers repräsentiert wird, geschädigt werden kann.

---

[71]) Vgl. LG Berlin in JW 1927 S. 289; Hueck S. 60.

(Aehnlich auch ROLG 41, 198). An sich ist der Angestellte verpflichtet, auf das Betriebsinteresse Rücksicht zu nehmen, insoweit, als durch sein unsittliches Verhalten der Betrieb Schaden erleiden kann. Die Frage, ob ein unsittlicher Lebenswandel vorliegt, wird man nicht abstrakt, sondern nur relativ unter Berücksichtigung des Betriebsinteresses und seiner Gefährdung durch die Lebensführung des Arbeitnehmers entscheiden können. (Vgl. auch Baum, Werkmeisterrecht S. 74.) Unehelichen Geschlechtsverkehr seiner Arbeitnehmer darf der Arbeitgeber nicht ohne weiteres mit fristloser Entlassung ahnden, auch nicht bei weiblichen Angestellten, nicht einmal bei Verkehr der Angestellten untereinander. Er darf aber dann dem Arbeitnehmer in dieser Richtung Vorschriften machen, sobald das Interesse des Betriebes eingreift, z. B. bei Nachlassen der Leistungsfähigkeit einer weiblichen Angestellten, oder soweit nach außen hin Aergernis erregt wird. (Vgl. GKG 11, 220, RGZ 38, 118). So wird jedenfalls der Geschlechtsverkehr eines Werkmeisters mit den ihm unterstellten Arbeiterinnen wegen der Gefährdung der Autorität als Verstoß gegen die Dienstpflicht aufzufassen sein. Das gleiche ist bei unsittlichem Verkehr in einer Dienstwohnung anzunehmen. Auch hier wird nach außen hin Aergernis gegeben und dadurch das Interesse des Betriebes geschädigt. Wichtiger Grund ist auch das unsittliche Betragen im Geschäft insbesondere gegenüber weiblichen oder jugendlichen Mitangestellten (LG Hagen GKG 12. S. 41). Die Verheiratung eines Angestellten mit einer zweifelhaften Frauensperson berechtigt den Arbeitgeber dann zur Kündigung, wenn die Belassung des Gehilfen im Geschäft dessen guten Ruf schädigen würde, wie dies namentlich da möglich ist, wo der Arbeitnehmer sich in leitender exponierter Stellung, etwa als Filialleiter in einer kleinen Stadt oder in einem überseeischen Orte befindet.[72])

Im Zusammenhang mit diesen Fragen soll untersucht werden, inwieweit Eheschließung und Schwangerschaft einer weiblichen Angestellten ein Entlassungsrecht des Arbeitgebers auslösen können. Allgemein ist zu sagen, daß Schwangerschaft und außereheliche Mutterschaft einer weiblichen Arbeitnehmerin keinen w. G. zur Entlassung abgeben. Durch das Gesetz über „Die Beschäftigung vor und nach der Niederkunft“ vom 16. 7. 1927 ist ein besonderes Kün-

[72]) Vgl. auch OLG Hamburg in ROLG 8, 254; dagegen ROLG 22, 299, wenn dadurch kein Aergernis erregt wird und die Autorität nicht leidet.

digungsverbot gegenüber den weiblichen Arbeitnehmern, die der Krankenversicherungspflicht unterliegen, ausgesprochen worden, wonach in dem Zeitraum von 6 Wochen vor bis 6 Wochen nach der Niederkunft eine Kündigung seitens des Arbeitgebers unwirksam ist, wenn dem Arbeitgeber zur Zeit der Kündigung die Schwangerschaft oder Entbindung bekannt war. Das gleiche ist der Fall, wenn ihm die Arbeitnehmerin davon unverzüglich nach Empfang der Kündigung Kenntnis gegeben hat. Unberührt bleibt nach § 4 Abs. 3 dieses Gesetzes die Wirksamkeit von Kündigungen, die aus einem wichtigen, nicht mit der Schwangerschaft oder Niederkunft zusammenhängenden Grund erfolgen. Nur dann, wenn von Seiten der Angestellten eine bewußte Täuschung des Arbeitgebers vorliegt, kann deren Zustand einen wichtigen Kündigungsgrund abgeben. So ist außereheliche Schwangerschaft dann als Grund zur fristlosen Entlassung gemäß § 70 HGB betrachtet worden, wenn eine Vorführdame in hochschwangerem Zustand ihre Vorführungen vornahm, das Vertrauen des Arbeitgebers durch Verschweigung der Schwangerschaft und Niederkunft täuscht, ihren Zustand als Krankheit darstellt und sich dadurch in den Besitz des Gehalts für eine Zeit zu setzen versucht, für die sie gar keine Entlohnung mehr zu beanspruchen hätte.[73])

Ob die Verheiratung einer weiblichen Dauerangestellten einen w. G. zur sofortigen Lösung des Dienstverhältnisses im Sinne des § 626 BGB abzugeben vermag, ist nur nach Lage der Umstände zu entscheiden. Aus der Judikatur sind bei Prüfung dieser Frage hauptsächlich zwei oberstrichterliche Urteile heranzuziehen, ein Urteil des RG vom 17. 3. 25 (RGZ 110, 297) und des RAG vom 29. 9. 28 (in RAG Bd. I, 232 amtl. Sammlg.). In dem ersten Urteil gibt das RG die Möglichkeit der Entlassung in diesem Fall zu und führt aus, die Angestellte habe sich durch ihre Verheiratung in eine Lage versetzt, die sie nach dem sittlichen Zweck der Ehe und dem gewöhnlichen Verlauf der Natur bei Schwangerschaft und nach der Geburt ganz oder teilweise an der Wahrnehmung ihrer Tätigkeit hindern könne. Daneben macht das RG auch sozialpolitische Erwägungen geltend. Die 8—10 stündige Arbeitszeit müsse bei etwaiger Schwangerschaft den Gesundheitszustand der Angestellten und des Kindes ungünstig beeinflussen, zudem sei es bei der herrschenden Arbeitslosigkeit aber auch angebracht, verheiratete Frauen, die ihre Männer

[73]) Siehe Urteil des AG Meiningen vom 2. 2. 28 in Rechtsbl. des GDA. 28, 119.

nicht zu unterhalten brauchen, zu entlassen, um für Andere Ar
beitsplätze zu schaffen. Für den Arbeitgeber bedeute di
ununterbrochene Tätigkeit seiner Angestellten und die Be
wältigung der dem einzelnen zugewiesenen Aufgaben ein leben
wichtiges Moment für die Aufrechterhaltung eines ordnungs
mäßigen Betriebes. Im Interesse der reibungslosen Abwicklun
des Betriebes liege es, daß der Arbeitgeber den Eintritt vo
Störungen, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge be
Verheiratung einer weiblichen Angestellten zu erwarten sind
gar nicht erst abwarte, sondern die betreffende Angestellt
gleich entlasse.

Zur Kritik dieses Urteils wird man in erster Linie an
führen müssen, daß hier der einzelne Fall doch zu sch
verallgemeinert wird. Es geht entschieden zu weit, wenn da
Reichsgericht annimmt, daß durch Verheiratung einer weib
lichen Angestellten nach dem gewöhnlichen Lauf der Ding
erhebliche Störungen der Geschäftsführung hervorgerufen wer
den. Das hieße doch, den Einfluß, den weibliche Angestellt
im allgemeinen auf das Geschäft haben, ganz erheblich über
treiben, zumal ja der Arbeitgeber bei jedem Arbeitnehmer mi
einer eventuellen Erkrankung und dadurch bedingten Arbeits
unfähigkeit rechnen muß. Es ist hier, wie schon eingangs erwähn
wurde, noch mehr als sonst auf die Umstände des Einzelfalle
abzustellen. Nur wenn bei deren genauer Berücksichtigung
zu befürchten steht, daß die Verheiratung in ihren Folge
so störend und nachteilig auf den Geschäftsbetrieb des Arbeit
gebers einwirken wird, daß ihm die Aufrechterhaltung de
Vertragsbeziehungen billiger Weise nicht zugemutet werde
kann, wird man in der Tatsache der Verheiratung der weib
lichen Angestellten einen w.G. erblicken können (so auch
RAG im Urteil vom 29. 9. 28).

Unfähigkeit zur Arbeitsleistung:

Eine sehr wichtige Rolle im Entlassungsrecht spielt auch
die Frage der Unfähigkeit zur Arbeitsleistung. § 123 Abs. 1
Ziffer 8 RGO läßt die Entlassung gewerblicher Arbeiter zu,
„wenn sie zur Fortsetzung der Arbeit unfähig werden"; ähn
liche Bestimmungen finden sich auch im § 133c Abs. 1 Ziffer 4
RGO und § 72 Abs. 1 Ziffer 3 HGB. In den beiden letzteren
Bestimmungen ist der Begriff des „Unfähigwerdens" und
der Verhinderung zur Arbeitsleistung noch näher bestimmt
durch die Einteilung in „anhaltende Krankheit, längere Frei
heitsstrafe oder Abwesenheit". Bei den Handlungsgehilfen

kommt noch die 8 Wochen übersteigende militärische Dienstleistung als Entlassungsgrund in Frage.

Krankheit:

In den häufigsten Fällen wird der Arbeitnehmer durch Krankheit oder durch Unfälle an der Verrichtung seiner Dienste verhindert und im folgenden soll nun zunächst die Bedeutung der Krankheit des Arbeitnehmers auf dem Gebiet des für den Arbeitgeber bestehenden außerordentlichen Kündigungsrechtes untersucht werden. Zunächst ist von vornherein der Unterschied zwischen Arbeitern und Angestellten zu berücksichtigen. Es bedarf keiner weiteren Ausführung, daß bei Personen, die sich in gehobener Stellung befinden und ein viel höheres Maß an Verantwortung genießen, andere Gesichtspunkte in Betracht kommen, wie bei Arbeitern, bei denen die tägliche Kündigung praktisch vorherrscht und für die von einem Tag zum andern sofort wieder ausreichender Ersatz beschafft werden kann.

§ 123 Abs. 1 Ziff. 8 RGO gibt dem Arbeitgeber das Recht, die Arbeiter zu entlassen, „wenn sie zur Fortsetzung der Arbeit unfähig sind." Zunächst wird hier vorausgesetzt, daß der Arbeiter überhaupt schon einmal in der betreffenden Stellung gearbeitet hat, sonst könnte das Gesetz nicht von einer Fortsetzung der Arbeit sprechen. Ist der Arbeiter schon von Anfang an unfähig zur Arbeitsleistung, dann findet § 123 Abs. 1 Ziff. 8 RGO keine Anwendung.[74]) Es ist an sich nicht notwendig, daß die Unfähigkeit etwa eine dauernde ist, sondern es kommt auch eine nur vorübergehende Arbeitsunfähigkeit in Betracht. Aber es sind doch für den letzteren Fall gewisse Einschränkungen zu machen. Zunächst ist es klar, daß man einen Arbeiter nicht etwa deswegen entlassen kann, weil er nur wenige Stunden wegen Krankheit aussetzen mußte oder etwa durch eine längere Ohnmacht zur Fortsetzung der Arbeit unfähig wurde.[75]) Wenn es sich um eine ihrer Natur nach schnell vorübergehende Erkrankung handelt, ist fristlose Kündigung namentlich dann nicht berechtigt, wenn Großbetriebe in Frage kommen, die dauernd Ersatzleute für Krankheiten führen (Siehe NZfAR 1926, Sp. 697). In Anbetracht der schwerwiegenden Folgen einer Ent-

[74]) Vgl. Rohrscheidt RGO § 123 Anm. 13; Stier-Somlo RGO § 123 Anm. 10.

[75]) Vgl. GG Köln bei Goerrig, Arbeitsrecht in der Praxis 1925, S. 87.

lassung wird fernerhin eine Kündigungsbefugnis nach § 12 Abs. 1 Ziff. 8 RGO dann nicht Platz greifen, wenn ein verhältnismäßig nicht erhebliche Behinderung im Sinne des § 616 BGB vorliegt.[76]) Bei einem auf 14 tägige Kündigungsfrist gestellten Arbeitsverhältnis wird also im Falle einer 2—3 Tage dauernden Erkrankung des Arbeiters die Entlassung nicht erfolgen können. (Landmann RGO § 123 Anm. 11a) Auch wird man mit zu berücksichtigen haben, wie lange der betreffende, nun erkrankte Arbeiter im Dienste der Firma steht. Es genügt zur fristlosen Entlassung nicht die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit am Tage der Entlassung, sondern es muß in diesem Zeitpunkte feststehen, daß der Arbeiter in absehbarer Zeit seine Arbeitsfähigkeit nicht wieder erlangt. Der Arbeitgeber ist nach Treu und Glauben verpflichtet, am Tage der Entlassung seines Arbeitnehmers sich darüber zu vergewissern, wie lange noch dessen Krankheit voraussichtlich dauern wird. (Vgl. LAG Frankfurt in Bensh. Slg. Bd. I S. 379 LAG). In diesem Urteil wird ausgeführt: „Hätte der Arbeitgeber sich beim Arzt erkundigt und hätte erfahren, daß innerhalb der nächsten 8 Tage der Arbeitnehmer wieder arbeitsfähig werden würde, so war trotz der 7½ wöchentlichen Erkrankung der Arbeitnehmer im Zeitpunkt der Entlassung nicht als zur Fortsetzung der Arbeit unfähig im Sinne des § 123 Abs. 1 Ziff. 8 RGO anzusehen.“ Es ist nur zu begrüßen, daß die neuere Rechtsprechung bei der Auslegung von § 123 Abs. 1 Ziff. 8 RGO sich von derartigen sozialen Gesichtspunkten leiten läßt, denn bei wortgetreuer strenger Auslegung dieser Gesetzesbestimmung ergeben sich für den Arbeitnehmer eine Reihe von Unbilligkeiten. Besteht jedoch in Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses entweder für den Arbeitgeber eine zwingende Notwendigkeit hiefür aus betrieblichen Gründen, oder steht mit einiger Sicherheit fest, daß der Erkrankte auf längere Zeit weiter von der Arbeit wegbleiben muß, so kann auch eine Krankheit von kürzerer Dauer den Arbeitgeber wohl zur Entlassung berechtigen.[77]) Auf jeden Fall muß sich der Arbeiter, wenn er erkrankt ist, unverzüglich entschuldigen. Läßt er darüber einige Tage verstreichen, so kann dieses entschuldigte Fernbleiben von der

---

[76]) Vgl. LG Berlin in GKG 16, 409; Hueck Seite 66; Stier-Somlo RGO § 123 Anm. 10.

[77]) Vgl. LG Zwickau vom 14. 12. 26 in Betriebsräte-Zeitschrift für Metallindustrie; Beilage: Arbeitsrecht im Betrieb 1927 Nr. 5 S. 41 ff.

Arbeit zweifellos einen w. G. abgeben. (Vgl. AG Leipzig in Potthoff-Jadesohn, Rechtspr. des Arbeitsrechts 27/28 Nr. 2401). Der gewerbliche Arbeiter kann weiterhin jederzeit entlassen werden, „wenn er mit einer abschreckenden Krankheit behaftet ist." Als abschreckende Krankheit gilt wohl jede ekelerregende Erkrankung. Doch ist dieser Begriff nicht von vornherein genau bestimmbar, sondern nur von Fall zu Fall zu entscheiden. Syphilis ist zweifellos als solche zu erachten. Sie berechtigt zur fristlosen Entlassung, auch wenn keine Ansteckungsgefahr besteht und keine äußerlichen Merkmale auftreten. (Potthoff-Jadesohn, Rechtspr. des Arbr. 1926/27 Nr. 1260 g). Es kommt im einzelnen Fall auch auf die Art des Betriebes an. Geschlechtskrankheit eines Bäckergehilfen wird ohne weiteres zur fristlosen Entlassung berechtigen, denn geschlechtliche Erkrankungen sind eben gerade dann, wenn ein Angestellter im Nahrungsmittelgewerbe tätig ist, mit Rücksicht auf die besonderen Erfordernisse dieses Gewerbes als abschreckend anzusehen. Das besondere an diesen abschreckenden Krankheiten liegt darin, daß sie den Arbeiter an der Dienstleistung hindern, ihn also vom Betriebe fernhalten, auch wenn sie seine physischen oder geistigen Kräfte nicht beeinträchtigen.

Wie steht es nun mit der Entlassungsbefugnis des Arbeitgebers oder auch des Lehrherrn (§§ 123 Abs. 1 Ziff. 8, 127b Abs. 2 RGO), wenn die Arbeitsunfähigkeit, bezw. Erkrankung des Arbeiters durch einen Unfall verursacht wird, den der Arbeitgeber durch Fahrlässigkeit verschuldet hat? Im Anschluß an die Ausführungen Rothbarth's in „Schlichtungswesen" 1927 S. 299 wird man sagen müssen, daß der Unternehmer unter keinen Umständen ein Entlassungsrecht hat, wenn er durch vorsätzliches Handeln die Arbeitsunfähigkeit herbeigeführt hat, etwa dadurch, daß er als Lehrherr das Züchtigungsrecht überschritten und dadurch seinen Lehrling für gewisse Zeit arbeitsunfähig gemacht hat. Aber auch in den Fällen, wo der Arbeitgeber nur fahrlässiger Weise die ihn nach § 618 BGB, § 120a RGO treffenden Pflichten verletzt hat und dadurch eine die Arbeitsunfähigkeit bewirkende gesundheitspolizeiliche Schädigung des Arbeitnehmers eingetreten ist, wird man dem Arbeitgeber kein Entlassungsrecht nach § 123 Abs. 1 Ziff. 8 RGO zubilligen können. Denn es würde offensichtlich gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn der Arbeitgeber zum Anlaß der Entlassung des Arbeitnehmers dessen Arbeitsunfähigkeit nehmen könnte, die durch sein Verschulden, wenn auch nur durch Fahrlässigkeit entstanden ist. Rothbarth macht zur Begründung seiner durchaus zutreffenden Stellungnahme noch in zweiter Linie geltend, daß der Kün-

digungsgrund nach § 123 Abs. 1 Ziff. 8 RGO nur ein Unterfall der Kündigung aus wichtigem Grund sei, wie sich aus § 124a RGO ergibt. Nun kann die Beurteilung der Wichtigkeit eines Grundes nur unter billiger Abwägung der gegenseitigen Interessen beider Vertragsteile erfolgen. Zweifellos führt in den Fällen, wo der Arbeitgeber die Unfähigkeit des Arbeitnehmers durch Fahrlässigkeit verschuldet hat, diese billige Abwägung der beiderseitigen Interessen dazu, dem Arbeitgeber in diesem Fall das Entlassungsrecht nicht zu gewähren.

Bei den gewerblichen und kaufmännischen Angestellten stellt das Gesetz das Erfordernis der „anhaltenden" Krankheit in § 133c Abs. 1 Ziff. 4 RGO und § 72 Abs. 1 Ziff. 3 HGB auf. Wann ist eine Krankheit „anhaltend" im Sinne des Gesetzes? Es kommt bei diesem Begriff nicht an auf die längere Dauer der Krankheit vor dem Zeitpunkt der fristlosen Kündigung durch den Arbeitgeber, sondern eine Krankheit ist dann anhaltend, wenn sich zur Zeit der Kündigung das Ende der Krankheit nicht absehen läßt oder bei akuten Erkrankungen nach ärztlichem und menschlichem Ermessen anzunehmen ist, daß sie voraussichtlich noch längere Zeit dauern werde.[78]) Eine ähnliche Meinung vertritt auch das RAG. (Vgl. Arb. Prax. 1928 S. 275.) „Als Entlassungsgrund im Sinne des § 133c Abs. 1 Ziffer 4 kann nur eine Erkrankung anerkannt werden, die sich im Lichte der wissenschaftlich gesicherten ärztlichen Erfahrung als eine anhaltende darstellt. Von dieser Grundlage und nicht vom Standpunkt der laienhaften Auffassung des Arbeitgebers aus muß die am Tage der unbefristeten Kündigung anzunehmende voraussichtliche Dauer der Krankheit festgestellt werden, wenn der Angestellte gegen willkürliche oder mindestens nicht ausreichend gerechtfertigte Entlassung geschützt werden soll."

Die Meinung, daß die Erkrankung die Dauer von 6 Wochen überschreiten muß, um als „anhaltend" im Sinne des Gesetzes zu gelten, erscheint durch den Wortlaut des Gesetzes in keiner Weise begründet und beruht vermutlich auf mißverständlicher Verwertung der in § 63 Abs. 1 HGB und § 133c Abs. 2 RGO getroffenen Bestimmungen, wonach im Falle unverschuldeten Unglücks der Arbeitgeber verpflichtet wird, bis zur Dauer von 6 Wochen an den Arbeitnehmer seine vertragsmäßigen Leistungen zu bewirken.[79]) Vom Begriff der

[78]) Vgl. auch Baum, Recht der Angestellten S. 117; ROLG 3, 77; 10, 236.

[79]) Vgl. Hueck S. 73; Rohrscheidt RGO § 133c Anm. 5; — a. M.: ROLG 12, 417; Staub-Koenige HGB § 72 Anm. 8.

anhaltenden Krankheit ist die anhaltende Kränklichkeit scharf zu trennen. Letztere ist, soweit es sich um Angestellte handelt, in den gesetzlich normierten Gründen nicht aufgeführt und stellt einen Zustand dar, dem zufolge der Arbeitnehmer öfters, aber jedesmal nur auf kurze Zeit krank ist. In diesem Fall kann unter besonderen Umständen ein w. G. im Sinne der allgemeinen Entlassungsklauseln gegeben sein, doch wird hier auch durch die fristgemäße Kündigung das Interesse des Arbeitgebers in entsprechender Weise gewahrt werden können. Eine „Verhinderung" an der Arbeitsleistung durch die anhaltende Krankheit liegt nicht nur dann vor, wenn letztere dem Angestellten die Tätigkeit im Geschäft überhaupt unmöglich macht, sondern schon dann, wenn sie ihm zwar ein Tätigwerden erlaubt, aber nur ein solches, mit dem dem Arbeitgeber nicht gedient ist. Dies trifft vor allem zu bei ekelerregenden Krankheiten oder solchen, die mit einer Ansteckungsgefahr verbunden sind (Vgl. Titze S. 728). In diesen Zusammenhang gehören auch Geschlechtskrankheiten bei den Angestellten; diese sind in der Regel auch bei weiblichen Angestellten kein Entlassungsgrund, können aber die fristlose Aufhebung des Vertragsverhältnisses rechtfertigen, wenn sie die vorhin geschilderten Symptome, wie Ansteckungsgefahr usw. aufweisen.[80])

Hat der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer eingestellt, von dessen körperlichem Gebrechen, z. B. Schwerhörigkeit, er von vornherein Kenntnis hat, so kann er dieses Leiden natürlich nicht plötzlich zum Entlassungsgrund machen. Ein solches Vorgehen würde ohne Zweifel höchst unbillig sein. Ein Grund zur Entlassung liegt nur dann vor, wenn eine erhebliche, die völlige Arbeitsunfähigkeit herbeiführende Verschlechterung des Leidens eintritt (AE Berlin 25 Nr. 416).

Sonstige Unfähigkeit zur Arbeitsleistung:

Wenn auch der Fall der Krankheit im wesentlichen den Begriff der „Unfähigkeit zur Fortsetzung der Arbeit" ausmacht, so wird man auch andere Momente, wie z. B. Einziehung in Straf- oder Untersuchungshaft hier einbeziehen müssen. Auch hier wird man billiger Weise eine längere Dauer der Arbeitsunfähigkeit bei gewerblichen Arbeitern fordern müssen, bei den Angestellten verlangt ja das Gesetz an sich eine längere Dauer der betreffenden Strafe. Hier sind längere Freiheitsstrafen stets Entlassungsgrund, auch wenn

[80]) Vgl. GKG 18, 158; 11, 335; Staub-Koenige § 72 Anm. 8.

ihnen keine ehrenrührigen Handlungen zugrunde liegen. Kürzere Freiheitsstrafen fallen nicht unter § 72 Abs. 1 Ziff. 3 HGB und § 133c Abs. 1 Ziff. 4 RGO und berechtigen in der Regel nur dann zur Entlassung, wenn das Delikt als solches einen w. G. bildet. Dies ist besonders dann der Fall, wenn sich in dem Verhalten des Arbeitnehmers ein besonderer Grad der Verworfenheit der Gesinnung zeigt.[81])

Militärische Dienstleistungen, worunter nicht nur Manöverübungen, sondern auch Dienste infolge Mobilmachungen zu verstehen sind, können den Angestellten ebenfalls zur Fortsetzung der Arbeit unfähig machen. § 72 HGB enthält für den Handlungsgehilfen eine besondere Bestimmung, wonach der Prinzipal erst bei einer 8 Wochen übersteigenden militärischen Dienstleistung zur fristlosen Entlassung berechtigt ist. Durch Abschaffung der allgemeinen Wehrpflicht sind diese Bestimmungen jetzt nicht mehr akut.

Es gibt auch eine Unfähigkeit zur Arbeitsleistung, die nicht erst während der Dauer der Beschäftigung eintritt, sondern schon von Anfang an bestanden hat, weil der Arbeitnehmer nach seiner Ausbildung, seinen Vorkenntnissen und Fähigkeiten schlechthin außer Stande ist, die vertraglichen Dienste zu leisten. Diese Unfähigkeit ist nicht als Entlassungsgrund gesetzlich fixiert, sondern hier kommen nur die allgemeinen Bestimmungen in Frage. Häufig wird bei Enttäuschungen des Arbeitgebers in solchen Fällen der Betrugsparagraph oder § 123 Abs. 1 Ziff. 1, § 133c Abs. 1 Ziff. 1 zu Ungunsten des Arbeitnehmers in Betracht kommen. An sich wird schlechte Arbeit noch keinen w.G. abgeben; wohl aber können Unfähigkeit und ungenügende Leistungen als solcher angesehen werden, wenn sie einen so hohen Grad erreicht haben, daß nach Lage des Falles dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht zugemutet werden kann. (LAG Dresden, in Bensh. Slg. Bd. I Nr. 15 S. 39). Ferner kommen in Betracht, völlige Unfähigkeit zur Ausfüllung der Stellung (ROLG 3, 78), grobe Fehler eines Buchhalters in der Buchführung (GKG 14 S. 292). Man wird einen Angestellten dann entlassen können, wenn er erheblich weniger Leistungen gegenüber anderen Angestellten aufweisen kann und dazu noch äußert, er habe an der Arbeit keinerlei Interesse (AE Berlin 25, Nr. 333). Ungenügende Erfolge eines Reisenden ergeben nicht schon einen Grund zur Entlassung

[81]) Vgl. Staub-Koenige § 70 Anm. 8; Baum, Recht der Angestellten.

(ROLG 6, 464); ebenso wenig ist ein w. G. vorhanden, wenn dem Arbeitgeber schon von vornherein eine Minderleistung seines Arbeitnehmers bekannt sein mußte, z. B. bei unbefriedigenden Leistungen eines Angestellten, der trotz seiner 78 Jahre eingestellt wurde (vgl. AE Berlin 25 Nr. 414, 415). Weiterhin ist zu beachten, daß Nachlässigkeitsfehler in der ersten Zeit der Tätigkeit vorkommen können und noch nicht so schwerwiegend sind, um den Arbeitnehmer als vollkommen unfähig zu stempeln (LAG Jena vom 28. 9. 27 in NAK).

Verlassen und Verweigerung der Arbeit.

Arbeitnehmer können ferner entlassen werden, „wenn sie ihren Dienst unbefugt verlassen oder den nach dem Dienstvertrag ihnen obliegende Pflichten nachzukommen beharrlich verweigern." (Vgl. § 123 Abs. 1 Ziff. 3 RGO; § 133c Abs. 1 Ziff. 3 RGO und § 72 Abs. 1 Ziff. 2 HGB). Bezüglich der Handlungsgehilfen liegt nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes ein Entlassungsgrund erst dann vor, wenn der Arbeitnehmer während einer den Umständen nach erheblichen Zeit den Dienst verläßt.

Dienstversäumnis bildet nur dann, wenn sie unbefugt ist, einen w.G. Als unbefugt wird man verbots- und vertragswidriges Wegbleiben bezeichnen können; Voraussetzung ist, daß der Arbeitnehmer bewußt unbefugt handelt. (a. M.: Hueck-Nipperdey S. 290). Müssen die Arbeitnehmer z. B. nach Lage der Dinge glauben, der Arbeitgeber habe gegen ein Verlassen des Betriebes nichts einzuwenden, so liegt mangels Bewußtseins der Vertragswidrigkeit kein unbefugtes Verlassen vor.[82]) Es ist auch eigenes, selbständiges Handeln des betreffenden Arbeitnehmers notwendig. Hindern z. B. Streikposten den Arbeitswilligen daran, in den Betrieb zu gelangen, so ist dieses Wegbleiben von der Arbeit nicht als w. G. anzusehen. Wenn auch bei Handlungsgehilfen eine den Umständen nach erhebliche Zeit dauernde Dienstversäumnis gefordent wird, so kann doch in manchen Fällen auch ein kürzeres Verlassen der Arbeit einen w. G. darstellen, nämlich dann, wenn die Anwesenheit des betreffenden Angestellten dringend erforderlich ist und selbst kurzes Wegbleiben den Prinzipal empfindlich schädigt. Man denke nur an den Fall, daß der Angestellte allein ein Ladengeschäft zu versehen hat oder bei lebhafterer Geschäftszeit, z. B. an den Sonntagen unmittelbar vor Weih-

[82]) Vgl. AE Berlin, 25 Nr. 481; GKG 14, 366; Rohrscheidt RGO § 123 Anm. 5.

nachten (Staub-Koenige § 72 Anm. 4). Es hängt auch davon ab, welchen Wert der Dienstherr nach den gegenseitigen Beziehungen auf pünktliches Einhalten der Dienstzeit legt. Wenn der gewerbliche Arbeiter vorzeitig den Betrieb verläßt als Protest gegen eine Arbeitszeitverlängerung, so kann darin unbefugtes Verlassen der Arbeit gesehen werden; aber man wird doch nicht jedes kurzzeitige Fortgehen von der Arbeit (Umzüge) nach dem Sinn von § 123 Abs. 1 Ziff. 3 RGO als Grund zur Entlassung betrachten können, sondern nur dann, wenn es mehrfach trotz Verwarnung erfolgt ist oder gegen ausdrückliches Verbot des Arbeitgebers. Die Rechtsprechung des RAG geht mit Recht dahin, daß auch hier wie im Falle der Arbeitsverweigerung eine durch Beharrlichkeit in der Arbeitsverlassung erschwerte oder sonst schwerwiegende Verletzung der Dienstpflicht vorausgesetzt wird. Das Erfordernis der Beharrlichkeit bezieht sich also auch auf das unbefugte Verlassen der Arbeit.[83]) Rein äußerlich ergibt sich das in der Fassung des § 123 Abs. 1 Ziff. 3 RGO aus der Verbindung des Wortes „sonst" mit „beharrlich verweigert".

Rechtmäßig wird eine Dienstversäumnis dann, wenn ein Hindernis vorliegt, das dem Arbeitnehmer das Recht gibt, den Dienst zu versäumen (Staub-Koenige § 52 Anm. 5). Dies trifft zunächst zu, wenn er vom Arbeitgeber rechtmäßig beurlaubt ist, dann kommen alle die Fälle in Frage, in denen der Arbeitnehmer die Arbeit versäumen muß wegen Umständen, die ihren Grund in Erfüllung „höherer Pflichten" haben.

Vor allem kommt hier in Frage die Dienstversäumnis infolge von Krankheit des Arbeitnehmers, gleichgültig ob diese verschuldet ist oder nicht. Allerdings wird man dem Arbeitnehmer die Verpflichtung auferlegen müssen, durch angemessenen Lebenswandel seine Gesundung und damit seine Dienstfähigkeit wieder herbeizuführen (GKG 13, 239).

Auch Verlassen des Arbeitsplatzes zum Aufsuchen eines Arztes kann nicht als w. G. angesehen werden.

Weiterhin kann die Sorge um das Wohl der Angehörigen die Dienstversäumnis des Arbeitnehmers zu einer „befugten" machen. Hier kommen in Frage Trauerfälle oder schwere Krankheit in der Familie (GKG 19, 229). Schließlich sind auch Pflichten öffentlich-rechtlicher Art zu erwähnen, die geeignet sind, eine Arbeitsversäumnis zu entschuldigen. Deshalb kann der Arbeitnehmer, der infolge einer gerichtlichen

[83]) Vgl. RAG v. 1. 12. 28 in JW 1929 S. 1578; Arb. Recht 1927 S. 313.

Zeugenladung oder Beisitzertätigkeit beim Arbeits- oder Mietgericht von der Arbeit wegbleiben muß, nicht aus dem Gesichtspunkt der unbefugten Arbeitsversäumnis entlassen werden, allerdings ist hier das Wegbleiben vom Dienst mit tunlichster Beschleunigung zu entschuldigen. Hat der Arbeitnehmer dies nicht getan, obwohl er dazu in der Lage war, so kann darin unter Umständen ein w. G. gefunden werden (GKG 15, 41).

Wie steht es aber, wenn Betriebsratmitglieder während der Arbeitszeit den Betrieb verlassen, um sich bei Arbeitstreitigkeiten bei ihrer Gewerkschaft Rat zu holen? Das RAG führt aus, daß die überraschende neue Sachlage, die Erregung des Arbeitskampfes, die Gefahr, die dem Betriebsrat zukommende Autorität in der Arbeiterschaft zu verlieren, den Betriebsratsmitgliedern gestattet, bei Streitigkeiten über Auslegung eines Tarifvertrages auch gegen den Willen des Arbeitgebers den Betrieb zu dem erwähnten Zweck zu verlassen.[84])

Der Arbeitnehmer hat nach Artikel 160 RV das Recht auf die zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte notwendige freie Zeit. Er wird also während der Arbeitszeit sein Wahlrecht zum Reichstag, Landtag usw. ausüben können, allerdings fallen diese Wahltage an sich auf Sonntage, die für die meisten Arbeitnehmer arbeitsfrei sind. Dagegen ergibt die richtige Auslegung des Artikels 160 RV, daß ein Arbeitnehmer zur Ausübung seines Landtagsmandates der Bewilligung von Urlaub durch den Arbeitgeber bedarf. Diese Beurlaubung ist nicht etwa nur eine Formsache; ihr Fehlen macht das Verlassen der Arbeit zum unbefugten Verlassen im Sinn des § 123 Abs. 1 Ziff. 3 RGO (LG Dresden in NZfAR 1927, 704 ff.). Es wäre unbillig, in diesen Fällen, in denen es sich immer um längere Zeiträume handelt, dem Arbeitnehmer ohne weiteres das Recht zum Verlassen der Arbeit zu geben, zumal wenn der Tagungsort des Parlamentes vom Arbeitsort noch weit entfernt ist.

Hat der Arbeitnehmer religiöse Pflichten zu erfüllen, so wird man ihm ein Recht auf Verlassen der Arbeit auch gegen den ausdrücklichen Widerspruch des Arbeitgebers zubilligen müssen.[85]) Die Rechte des Arbeitgebers aus dem Arbeitsvertrage erstrecken sich nicht derart auf die Persönlichkeit seines Arbeitnehmers, daß dessen Gewissensfreiheit dadurch beein-

[84]) Vgl. RAG vom 15. 12. 28 in Arb. Prax. 29 S. 55.
[85]) Vgl. Staub-Koenige § 72 Anm. 5; Hueck S. 61; Düringer-Hachenburg HGB § 72 Anm. 8.

trächtigt würde. Dies widerspräche auch dem Gedanken des modernen Arbeitsverhältnisses und dem von der neuen RV in Art. 135 aufgestellten Satz: „Die ungestörte Religionsausübung wird durch die Verfassung gewährleistet und steht unter staatlichem Schutz." Damit wird eine gegenteilige Ansicht schon gegen die Reichsverfassung verstoßen. Was die nicht gesetzlichen Feiertage gewisser Religionsgemeinschaften anlangt, so wird hier in erster Linie der Ortsgebrauch entscheiden, ob der Arbeitnehmer zur Dienstversäumnis befugt ist (Vgl. Volkhausen S. 49).

Unter unbefugtes Wegbleiben vom Dienst fällt auch das eigenmächtige Urlaubnehmen des Arbeitnehmers. Dieses kann z. B. darin gesehen werden, daß der Arbeitnehmer sich Urlaub unter unwahren Behauptungen verschafft, oder daß er eigenmächtig Urlaub nimmt, lediglich nach Mitteilung an zur Urlaubserteilung nicht befugte Mitangestellte, deren Unzuständigkeit für Urlaubsgewährung er noch dazu kennt. Auch das Nichtbeachten der ausdrücklichen Aufforderung, zum Dienst zurückzukehren, wird sich als unbefugte Dienstversäumnis darstellen.

Zum Aufsuchen einer neuen Stellung ist dem Arbeitnehmer den gesetzlichen Vorschriften gemäß Urlaub zu gewähren. Verläßt er nun das Geschäft ohne Erlaubnis gerade zur Hauptgeschäftszeit, ohne daß er zu einem bestimmten Arbeitgeber bestellt ist, so kann darin ein w.G. gemäß § 123 Abs. 1 Ziffer 3 RGO gesehen werden (Vgl. auch Staub-Köenige § 72 Anm. 5). Ein einmaliges Zuspätkommen des Arbeitnehmers wird noch nicht die schwerwiegende Folge einer fristlosen Entlassung rechtfertigen können, dagegen aber wiederholtes Zuspätkommen trotz Verwarnung und ausdrücklichem Hinweis auf sonst erfolgende Entlassung im Wiederholungsfalle (Vgl. ROLG 12, 417; GKG 10, 183; 12, 41). In allen Fällen ist aber auf Seiten des Arbeitnehmers bei wiederholtem Zuspätkommen das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zu fordern (Vgl. Landmannn RGO § 123 Anm. 6).

Die zweite Alternative der in § 72 Abs. 1 Ziff. 2 HGB, §§ 123 Abs. 1 Ziff. 3, 133c Abs. 1 Ziff. 3 RGO normierten Entlassungsgründe spricht von der beharrlichen Weigerung, den dem Arbeitnehmer aus dem Arbeits- oder Dienstvertrag obliegenden Pflichten nachzukommen.

Beharrliche Arbeitsverweigerung ist gegeben, bei offenkundiger Widersetzlichkeit des Arbeitnehmers, der gewöhnlich vom Arbeitgeber wiederholt zu seiner vertraglichen Leistung aufgefordert sein muß. Es genügt nicht jeder geringfügige

Widerspruch gegen eine Dienstanordnung (ROLG 5, 268), sondern es ist Ungehorsam trotz Wiederholung des Befehls nötig. Es muß ein Verhalten des Arbeitnehmers vorliegen, das auf einen gewissen bösen Willen schließen läßt, einen Willen, der in eigensinniger Weise an einer Pflichtwidrigkeit festhält.[86]) Demnach genügt nicht allein der objektive Tatbestand der Arbeitsverweigerung. Diese kann schon beharrlich sein, wenn der Arbeitnehmer sich trotz wiederholtem Auffordern weigert, eine pflichtgemäße Arbeit auszuführen, zumal wenn diese keinen Aufschub duldet (GKG 24, 222). Ist der Arbeitnehmer auch nur einmal auf die Pflichtwidrigkeit seines Verhaltens aufmerksam gemacht und aufgefordert worden, so kann der Fall des § 123 Abs. 1 Ziff. 3 RGO vorliegen, wenn der Arbeitnehmer sich dadurch nicht beeinflussen läßt.[87]) Der Begriff der Beharrlichkeit setzt nicht notwendig eine Wiederholung des Verhaltens voraus, das Vorliegen der Beharrlichkeit kann vielmehr, auch wennn nur ein einmaliges Verhalten in Frage kommt, der hierbei und bei den Begleitumständen zum Ausdruck kommenden Willensrichtung entnommen werden.[88])

Wenn auch nicht jedes kurzzeitige Fortgehen von der Arbeit nach dem Gesetzessinn Grund zur fristlosen Entlassung gibt, so ist doch dann ein w. G. vorhanden, wenn daneben noch schwerwiegende Verfehlungen des Dienstpflichtigen in Betracht kommen, z. B. beharrlicher Ungehorsam des Arbeitnehmers gegenüber den Anordnungen des Arbeitgebers. Zu den Pflichten des Arbeitsvertrages gehört nicht nur die Arbeitsleistung an sich, sondern auch die Wahrung eines dem Vertragszweck entsprechenden Verhaltens im Dienst.[89]) Das RAG hat ausgesprochen, daß z. B. bei dem Dienstvertrage eines Kellners das Benehmen den Gästen gegenüber von Bedeutung ist. Schon ein Außerachtlassen der üblichen Zurückhaltung und Höflichkeit gegenüber einem Gaste läuft dem Vertragszweck zuwider. Diese Erstreckung der Vertragspflicht über die eigentliche Arbeitsleistung hinaus erklärt sich vor allem daraus, daß jeder Schuldner seine Vertragspflichten so zu erfüllen hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte

---

[86]) Vgl. Landmann zu § 123 RGO; ähnlich auch „Arbeitsrecht" 1927 S. 228 Nr. 231.

[87]) Vgl. Hueck S. 63; Rohrscheidt RGO § 123 Anm. 5.

[88]) Vgl. RG in NZfAR 27, 179; RAG in Arb. Prax. 1928 S. 1 und 13; RAG in Bensh. Slg. Bd. I Nr. 17, S. 54.

[89]) Siehe RAG 1. 12. 28 in JW 1929, 1757 und Arb. Prax. 29 S. 49.

es erfordern. Deshalb hat der Arbeitnehmer das Interesse des Geschäftsherrn in jeder Weise wahrzunehmen (Hueck-Nipperdey I S. 158). Verstößt nun der Arbeitnehmer trotz wiederholter Mahnung gegen diese in jedem Arbeitsvertrag stillschweigend enthaltene und mit der Treuepflicht des Arbeitnehmers zusammenhängende Verpflichtung, dann verweigert er beharrlich „der nach dem Vertrage ihm obliegenden Leistung nachzukommen."

Kann die Verweigerung von Ueberstunden durch einen Arbeitnehmer die fristlose Entlassung wegen Arbeitsverweigerung nach sich ziehen? Für Ueberstundenarbeit ist zunächst die gesetzliche Regelung in der Arbeitszeitverordnung maßgebend, dann kommen aber auch eventuell Bestimmungen in Einzelarbeitsverträgen, Tarifverträgen, oder Betriebsvereinbarungen in Betracht. Sind nun durch generelle Vereinbarungen oder Einzelabmachungen Ueberstunden möglich oder handelt es sich um besondere Notfälle, dann bedeutet Verweigerung von Ueberstundenarbeit sicherlich auch eine Verweigerung der vertraglichen Arbeit überhaupt. Zu den Notstandsarbeiten, die zur Aufrechterhaltung des Betriebes notwendig sind und zu denen der Arbeitnehmer nach Treu und Glauben verpflichtet ist, können unter besonderen Umständen auch solche Arbeiten gehören, bei denen es sich um die Fertigstellung von notwendigen Aufträgen und Arbeiten handelt, bei deren Nichtausführung in anderen Teilen des Betriebes erhebliche Stokkungen eintreten könnten. Dies ist namentlich bei der heute durch Rationalisierungsmaßnahmen bis ins kleinste durchgeführten Arbeitsteilung der Fall. Aehnliche Gedankengänge finden sich auch in einer der neuesten Entscheidung des RAG (19. 6. 29 in Arb. Prax. 1929 S. 194) in Bezug auf diese Frage der Ueberstundenarbeit. Etwas anderes ist es, wenn der Arbeitgeber aus Erwägungen anderer Art, etwa um die nicht mehr geltende längere Arbeitszeit durchzusetzen, von seiner Befugnis einen Gebrauch macht, der den Zwecken des Gesetzes nicht entspricht; dann wird der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht auf sein Recht aus § 3 AZVO verweisen dürfen.[90]) In diesen Fällen legt das RAG aus dem Grundsatz der Betriebsverbundenheit den Arbeitnehmern die Verpflichtung zur Leistung von Mehrarbeit auf und entbindet den Arbeitgeber sogar weitgehend von der Pflicht, einen außerordentlichen und vorübergehenden Notbedarf noch besonders

[90])Vgl. auch RAG in Arb. Prax. 1929 Seite 16 und Arb. Prax. 1929 Seite 33.

zu beweisen. Somit ist die Verweigerung von Ueberstundenarbeit nur dann Entlassungsgrund, wenn sie gesetzlich oder vertraglich zulässig ist oder die Weigerung zur Unzeit erfolgt.[91])

Fügen sich nun die Arbeitnehmer der Anordnung des Arbeitgebers zur Leistung der Ueberstundenarbeit nicht, sondern stellen sich etwa irrtümlicherweise auf den Standpunkt, es bestehe für sie keine rechtliche Verpflichtung zur Leistung von Mehrarbeit, so kann nach der Ansicht des RAG diese Annahme sie nicht vor dem Entlassungsgrund „beharrliche Arbeitsverweigerung" schützen. „Denn es geht nicht an, daß jeder Zweifel über die Rechtmäßigkeit einer Arbeitsanordnung durch Arbeitsverweigerung zum Ausdruck gebracht wird, statt daß andere Wege der Einigung oder rechtlichen Klärung gesucht werden. Der Arbeitnehmer, der die Arbeit verweigert, weil er auf seinen Rechtsstandpunkt pocht, muß die Gefahr dieses Verhaltens auf sich nehmen." (RAG Bd. II S. 350 und Bd. III S. 40.)[92])

Mit der Frage der Verweigerung von Ueberstundenarbeit hängt auch die Frage zusammen, ob eine Arbeitsverweigerung dann vorliegt, wenn ein Arbeitnehmer sich weigert, eine ihm im Betriebe zugewiesene Arbeit zu leisten. An sich hat der Arbeitnehmer nur Arbeiten zu verrichten, die Gegenstand seines bestimmten Arbeits- oder Dienstvertrages sind. Ob nun eine bestimmte Arbeit unter den Vertrag fällt, läßt sich in der Praxis nicht immer so leicht entscheiden, am wenigsten bei den Angestellten, die — zumal wenn sie in einem kleineren Betriebe beschäftigt sind — einmal mit dieser und dann wieder mit einer anderen Arbeit betraut werden. Der Kraftwagenführer, der in einem Baugeschäft zur Führung eines Lastkraftwagens angestellt ist, kann annehmen, daß seine Arbeitszeit sich mit der des Baugeschäftes decke, also in Tagarbeit bestehe. Er kann deshalb Nachtfahrten als Führer Privatautos seines Dienstherrn verweigern, weil diese als Leistungen zu betrachten sind, die über seine vertraglichen Verpflichtungen hinausgehen (AG Leipzig vom 3. 8. 27, Arbeitsrechtkartei). Das gleiche wird bei einem hoch qualifizierten Gießereiarbeiter, der nach seiner Krankheit nun mit gewöhnlichen Arbeiten im Fabrikhof betraut wird, zutreffen.

---

[91]) Siehe auch NZfAR 3. Jahrgang Seite 462; LG I Berlin NZfAR 26 Seite 186.

[92]) Vergleiche zu dieser Frage auch die ablehnende Kritik in Rechtsprechung in Arbeitssachen 1929 Seite 98 und Seite 110.

Aus dem allgemeinen Direktionsrecht des Arbeitgebers ergibt sich die Verpflichtung des einzelnen Arbeitnehmers, sich unter die durch Neufestsetzung der wöchentlichen Arbeitszeit bedingte Anordnung der Werkleitung bezüglich der täglichen Arbeitszeit unterzuordnen. Tut er dies nicht, sondern arbeitet er nur während der von ihm gewünschten täglichen Arbeitszeit, so liegt eine beharrliche Arbeitsverweigerung vor (RAG Bd. I Seite 30 ff.). Es ist klar, daß der einzelne Arbeiter sich den Weisungen der Betriebsleitung zu fügen hat und daß es mit dem reibungslosen Fortgang eines Betriebes nicht vereinbar ist, wenn jeder nach seinem Willen handelt und diesen gegenüber den Weisungen des Arbeitgebers durchsetzt. Aus diesem Gesichtspunkt heraus hat der Arbeiter auch nicht das Recht, geleistete Mehrarbeiten gegen den Willen des Arbeitgebers nach eigenen Belieben abzufeiern. „In einer derartigen Willensrichtung und in ihrer Durchführung trotz entgegenstehender Anordnung des Meisters liegt beharrliche Arbeitsverweigerung" (RAG Bd. 2 Seite 350).

Zweifelhaft ist die Frage, ob die sogenannte „Maifeier" als Entlassungsgrund anzusehen ist. In seiner neuesten, auf diese Frage bezüglichen Entscheidung überträgt das RAG seine Grundsätze von beharrlicher Arbeitsverweigerung auch auf den Tatbestand des Feierns am 1. Mai, betrachtet die Arbeitsaussetzung wegen Maifeier gegen den ausdrücklichen Willen des Arbeitgebers als beharrliche Arbeitsverweigerung und damit als w. G. zur Entlassung.[93]) Die Gerichte erster und zweiter Instanz hatten in dem dem RAG hier zur Aburteilung stehenden Fall das Vorliegen eines w. G. zur Entlassung hauptsächlich mit der Begründung verneint, daß die Feiernden für die notwendigeren Arbeiten im Betriebe am 1. Mai Sorge getragen hätten, sodaß ein Schaden des Arbeitgebers nicht in Betracht komme. Ferner werde gerade der 1. Mai seit vielen Jahren von einem Großteil der Arbeiterschaft als Feiertag betrachtet, und deswegen seien auch die betreffenden Arbeitnehmer am 1. Mai nachmittags von der Arbeit weggeblieben. Das RAG stützt sein Urteil vor allem darauf, daß der Arbeitgeber durch die Handlungsweise der Arbeitnehmer nicht nur in seinem materiellen Interesse an dem Arbeitswert verletzt ist, sondern daß auch ein Recht des Arbeitgebers auf Arbeitsleistung beiseite gesetzt und da-

[93]) Vergleiche RAG in DJZ 1929, 643. Der gleichen Meinung wie das RAG ist im wesentlichen die herrschende Lehre. A. M.: Lotmar in GKG 13, 225.

durch mißachtet ist, daß im vorliegenden Fall die Hälfte der Arbeitnehmerschaft, statt um Urlaub nachzusuchen, dem Arbeitgeber den Beschluß eröffnete, am nächsten Tag werde nicht gearbeitet. Dieses Vorgehen, die Gemeinschaftlichkeit der Verweigerung müssen nach Anschauung des RAG unter dem Gesichtspunkt der „Arbeitsverweigerung" wesentlich ins Gewicht fallen.

Im Gegensatz zu der Stellungnahme des RAG ist zunächst zu betonen, daß das Fernbleiben von der Arbeit für einen halben Tag nicht unter allen Umständen einen w. G. bildet; es wird vielmehr noch darauf ankommen, welche Kündigungsfristen für die betreffenden Arbeitnehmer bestehen. Handelt es sich um längere Kündigungsfristen, z. B. über eine Woche hinaus, dann ist Wegbleiben von der Arbeit für einen Tag nicht ohne weiteres w. G., sondern in diesem Fall kann die Beharrlichkeit der Pflichtverletzung nur aus der Willensrichtung entnommen werden. Gibt sich der auf Vertragsverletzung gerichtete Wille als besonders hartnäckig zu erkennen, wird die Arbeit ohne Rücksicht auf Recht und Billigkeit unter Hintansetzung wesentlicher Belange des Arbeitgebers niedergelegt, dann kann allerdings auch eine kurzfristige Arbeitsverweigerung, um die es sich doch zweifellos bei der Maifeier handelt, einen Grund zur Entlassung bilden. Es ist zu erwarten, daß die vom RAG in einigen Urteilen (siehe Arb. Prax. 28 S. 208 ff.) vertretene Auffassung, daß die Belegschaft auf Grund der modernen Arbeitsgesetze des Recht der „unterstützenden Mitwirkung bei der Leitung des Betriebes" hat, durch die Rechtsprechung weiter ausgedehnt wird. Dann wird man aber auch in einer „sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft" den Arbeitern das Recht einräumen müssen, für einige Stunden an einem bestimmten Tag sich auch gegen den Willen eines vielleicht politisch anders eingestellten Arbeitgebers von der Arbeit freizumachen, unter der Voraussetzung, daß die Belegschaft vorher genügende Vorsorge für die Aufrechterhaltung des Betriebes trifft.[94])

Der Begriff der Arbeitsverweigerung setzt nicht voraus, daß die Arbeit als Ganzes niedergelegt wird, es genügt unter Umständen auch die Verweigerung eines Teiles der vertraglichen Pflicht (Vgl. Hueck S. 64), sogar die passive Resistenz. Diese liegt dann vor, „wenn der Arbeiter zwar formell weiterarbeitet, aber durch die Art der Ausführung, vor allem durch bewußte Uebertreibung in der genauen Befolgung aller Dienst-

---

[94]) In diesem Sinn: Arb. Prax. 1929 S. 111 ff. Anmerkung.

vorschriften einen praktischen Erfolg der Arbeit vereitelt.' (Kaskel, 2. Aufl. S. 306). Doch wird in diesem Fall eine besondere Aufforderung, bezw. Mahnung des Arbeitgebers notwendig sein, um den Tatbestand der Arbeitsverweigerung zu begründen.

Streik und fristlose Entlassung:

Einen großen Rahmen nimmt innerhalb des Entlassungsrechtes die Frage ein, ob der Streik einen w. G. im Sinne des Gesetzes darstellt und ob er als beharrliche Verweigerung bezw. unbefugtes Verlassen der Arbeit zu betrachten ist. Von der herrschenden Lehre wird diese Frage bejaht, neben den Bestimmungen der allgemeinen Entlassungsklauseln finden auch noch die besonderen Bestimmungen bezüglich der Arbeitsverweigerung in den Sondergesetzen Anwendung. Soweit der sogenannte wilde Streik in Frage kommt, d.h. ein Streik, der nicht organisiert ist und von keiner Arbeitnehmervereinigung gestützt wird, findet die herrschende Lehre auch keinerlei Kritik, denn die allgemeine Grundregel des Einhaltens von Verträgen gilt natürlich auch im Arbeitsrecht. Nicht widerspruchslos aber wird die Ansicht der heute herrschenden Lehre hingenommen, die besagt, daß auch ein organisierter, d. h. in der Regel von den Gewerkschaften eingeleiteter und durchgeführter Streik den Arbeitgeber zur fristlosen Aufkündigung des Arbeitsverhältnisses berechtigt.[95]) Oertmann geht von dem Gedanken aus, daß möglicherweise der Druck und Zwang der Organisation oder der streikenden Kollegen auf den Arbeiter derart einwirken, ja unter Umständen ihn in eine so gefährliche Lage bringen kann, daß ihm die Fortsetzung der tatsächlichen Arbeit während des Streikes nicht zuzumuten ist. Liegt nachweislich ein derartiger Fall vor, so muß nach Oertmann (Seite 281 ff.) dem Arbeiter das Fernbleiben von der Arbeit im Sinne eines unverschuldeten Unvermögens zugebilligt werden. Diese Ansicht läßt sich wohl vertreten, paßt aber nur auf einen ganz geringen Bruchteil der in Frage kommenden Fälle, da ein derartiger Nachweis eines Zwanges zum Mitstreiken sich äußerst schwer führen läßt und die Mehrzahl der Arbeiter

[95]) Vergl. GKG 25, 184; 29, 280; Recht 1914, 499; LAG Dresden in Arbeitsrecht 1927 S. 134; Staub-Koenige § 72 Anm. 5; LAG Dessau in Bensh. Slg. Bd. I S. 127 Nr. 41 LAG. A. M.: LG Frankfurt/Main in JW 1924, 1059; Potthoff in Arbeitsrecht 1924, 858; Levi in Arbeitsrecht 1927 S. 109 mit angegebener Literatur; Oertmann S. 281.

den Streikbefehl ihrer Organisation auch wirklich ohne jeden Zwang befolgen. Auf einem anderen Gebiete liegen die Argumentationen Potthoff's und Levi's und auch des LG Frankfurt, dessen Urteil zum ersten Mal dem Kollektivhandeln einen Einfluß auf das Individualrecht eingeräumt und die Verbandspflicht neben die rein schuldrechtliche Vertragspflicht gestellt hat. Nach diesem Urteil kommt Streik dann nicht als w. G. in Betracht, wenn „die Arbeitsverweigerung der Arbeitnehmer ihren Grund in Erfüllung einer höheren Pflicht hat." Als solche sehen Potthoff und Levi aber den Gehorsam gegenüber der Organisation, die den Streik proklamiert hat, an. Die Ansicht des LG Frankfurt, der von der Organisation organisierte Streik stelle „ein anerkanntes Mittel im wirtschaftlichen Kampfe" dar, beruht wohl auf einer ungenügenden Trennung der Bestimmungen des öffentlichen Rechtes von denen des Privatrechtes. Im § 152 Abs. 1 RGO und im Art. 159 RV ist den Arbeitnehmern die sogenannte Koalitionsfreiheit gewährleistet. Damit wird aber nicht ein subjektives Recht zum Streik proklamiert, sondern das, was man gemeinhin unter „Streikrecht" versteht, ist in Wirklichkeit nichts anderes wie ein Ausfluß der natürlichen Handlungsfreiheit des Einzelnen (Vgl. Kaskel Arbeitsrecht S. 315). Art. 159 RV bestimmt lediglich auf öffentlich rechtlichem Gebiet, daß der Streik als solcher erlaubt und damit straffrei ist, im Gegensatz zu den Beschränkungen in der Vorkriegsgesetzgebung. Neben den öffentlich rechtlichen Bestimmungen der RV und der RGO (§ 152 Abs. 1 RGO) sind aber in Kraft geblieben die Bestimmungen des Privatrechtes und nach diesen stellt de lege lata auch der von der Organisation geleitete Streik einen Vertragsbruch dar, der den Arbeitgeber zur fristlosen Entlassung berechtigt.

Wird allerdings bei dem weiteren Ausbau unseres nach der kollektivistischen Seite tendierenden Arbeitsrechtes dem Arbeitsvertrag, der bisher nach den Grundsätzen des Schuldrechtes die Grundlage des ganzen Arbeitsverhältnisses gebildet hat, diese Bedeutung genommen und an seiner Stelle „die Gewerkschaft, ihr Tarifvertrag und der Kampf um dessen Gestaltung aus einem Mittel zur Ausgestaltung des Arbeitsvertrages zur Grundlage des Arbeitsverhältnisses und seiner rechtlichen Regelung" ausgebaut (Potthoff in „Vertragspflicht und Verbandspflicht"), dann wird de lege ferenda auch das Privatrecht eine andere Stellung dem Streik gegenüber einnehmen müssen. Allerdings wird man, um den Streik zu einem ordnungsmäßigen im Sinne Potthoffs zu machen, neben der

Voraussetzung der Organisierung noch verlangen müssen, daß er erst nach Erschöpfung der ordnungsgemäßen Mittel zum Frieden wirklich als letztes Kampfmittel in Betracht kommt.[96]). Diese zweite Voraussetzung ist deshalb erforderlich, damit der Streik nicht lediglich zum Spielball der Organisation wird.

Die Wochenfrist, die der Gesetzgeber als zeitliche Begrenzung des Entlassungsrechtes in § 123 Abs. 2 RGO aufstellt, beginnt nicht etwa mit dem Streikanfang, sondern erst mit der Beendigung des Streikes; denn während dessen Dauer liegt ja jederzeit eine neue Weigerung des Arbeitnehmers vor, seinen vertraglichen Arbeitspflichten nachzukommen.

Abschließend ist zu dieser Frage zu sagen, daß de lege lata auch der organisierte Streik noch einen Grund zur Entlassung gemäß §§ 123 Abs. 1 Ziff. 3, 133c Abs. 1 Ziff. 3 RGO, und § 72 Abs. 2 Ziffer 2 HGB, aber auch nach den allgemeinen Entlassungsklauseln darstellt. De lege ferenda allerdings wird mit der immer stärker werdenden Geltung der Organisationen unter Umständen im Arbeitsverhältnis auch der Zeitpunkt kommen, wo die zum großen Teil noch im römischen Recht wurzelnde Vertragspflicht hinter der Erfüllung der Verbandspflicht zurückweichen muß, weil das neue Arbeitsrecht vom Geiste der „Arbeitsgemeinschaft" beherrscht wird.

In diesem Rahmen ist noch das Problem der Streikarbeit zu erörtern. Soll ein Arbeiter Streikarbeiten verrichten, die überhaupt nicht in den Rahmen seines Arbeitsvertrages fallen, so ist er dazu mit Ausnahme von Notstandsarbeiten auf keinen Fall verpflichtet. Aber auch wenn die zu leistende Arbeit zu den gewöhnlichen Obliegenheiten des betreffenden Arbeitnehmers gehört, wird man nach dem Grundsatz von Treu und Glauben den Arbeitern nicht zumuten dürfen, Arbeiten ihrer streikenden Kollegen zu leisten und diese auf eine derartige Weise um die Früchte eines vielleicht berechtigten Arbeitskampfes zu bringen.[97]) Die Weigerung von Streikarbeit ist somit nicht als Arbeitsverweigerung schlechthin aufzufassen, falls es sich nicht um sogenannte Notbedarfsarbeiten handelt.

---

[96]) Vgl. auch Potthoff und Levinsohn, „Streik und Kündigung" im „Arbeitsrecht" 20 S. 103.

[97]) In diesem Sinne auch: Hueck S. 63; Lotmar I 118; — a. M.: Landmann RGO § 123; Rohrscheidt RGO § 123 Anm. 5; GKG 12, 6; 14, 313; — Vgl. auch Van de Sandt in NZfAR 1922 S. 719.

Verstöße gegen die Disziplin im Betrieb:

Geregelte Zusammenarbeit in einem Betrieb erfordert vor allen Dingen, daß von Seiten der Arbeitnehmer auch die nötige Disziplin gewahrt wird. Verstöße gegen die Betriebsdisziplin rechtfertigen die fristlose Entlassung teils als wichtige Gründe im allgemeinen, teils aber in der Form spezieller Entlassungsgründe in den einzelnen Sondergesetzen.

So stellt § 123 Abs. 1 Ziff. 4 RGO gewerblichen Arbeitern gegenüber einen Grund zur sofortigen Kündigung auf, „wenn sie der Verwarnung ungeachtet mit Feuer oder Licht unvorsichtig umgehen." Hier ist die Entstehung eines Schadens nach dem klaren Gesetzeswortlaut gar nicht notwendig; dagegen aber eine ausdrückliche Verwarnung. Innerhalb des Betriebes wird eine solche teils durch Aufnahme in die obligatorische Arbeitsordnung oder durch Plakate von seiten der Berufsgenossenschaften und sonstigen für die Unfallverhütung maßgebenden Stellen erfolgen.[98]) Das Umgehen mit Feuer umfaßt natürlich auch das Rauchen innerhalb der Werkstätte, allerdings auch unter der Voraussetzung eines ausdrücklichen Verbotes von seiten des Arbeitgebers. Ferner kommt es auf die Natur des Betriebes und seine etwaige besondere Feuergefährlichkeit an. Solche Verstöße gegen die Betriebsdisziplin können auch allgemein gegenüber Anordnungen des Arbeitgebers erfolgen. (LG Berlin in AE Berlin 1 Nr. 320). Die Weigerung des Arbeitnehmers, sich gewissen Kontrollmaßnahmen durch den Arbeitgeber zu unterziehen, kann hierunter fallen, aber nur wenn dies in der Arbeitsordnung ausdrücklich vorgesehen ist.

Stellen sich gewisse Maßnahmen und Arbeitsmethoden des Arbeitgebers als unzweckmäßig und unpraktisch heraus und hat dies den Arbeitnehmer bewogen, dem Gebot des Arbeitgebers zuwider zu handeln, so wird man hier in den meisten Fällen keine grobe Widersetzlichkeit konstatieren können (ROLG 22, 300). Selbstverständlich berechtigt ein direktes Zuwiderhandeln gegen ausdrückliche Verbote des Arbeitgebers diesen zur sofortigen Kündigung. In diesem Zusammenhang seien erwähnt; wiederholte Unterlassung der Zurückmeldung eines Reisenden (KG Hamburg in Hans. Ger. Ztg. Abt. Arb. Recht 24, S. 52); wiederholtes unhöfliches Betragen eines Verkäufers gegenüber der Kundschaft trotz Verwarnung. Politische Betätigung im Betrieb gegen den ausdrücklichen Willen des Arbeitgebers, wie das Verteilen von aufhetzenden politischen Flugblättern, oder der Anschlag poli-

[98]) Vgl. Hueck Seite 65: Rohrscheidt RGO § 123 Anm. 6.

tischer Plakate, ist ebenfalls als Verstoß gegen die Betriebsdisziplin, der mit der Entlassung geahndet werden kann, anzusehen.[99])

Ehrverletzungen:

Das gegenseitige Verhältnis zwischen den Vertragsparteien kann dadurch empfindlich getrübt werden, daß der Arbeitnehmer sich gegenüber dem Dienstberechtigten Ehrverletzungen zuschulden kommen läßt, ja vielleicht sogar gegen ihn tätlich wird (§§ 123 Abs. 1 Ziff. 5, 133c Abs. 1 Ziff.5 RGO; § 72 Abs. 1 Ziff. 4 HGB). In diesen speziellen Entlassungsnormen sind nicht berücksichtigt die Tätlichkeiten und Ehrverletzungen eines Arbeitnehmers gegenüber einem Mitangestellten. Diese können unter Umständen einen w. G. nach den allgemeinen Entlassungsklauseln abgeben, besonders dann, wenn sie das Betriebsinteresse gefährden, etwa dadurch, daß sich solche Szenen vor dem Publikum oder auch vor dem Arbeitgeber oder dessen Vertreter abspielen.[100]) Auch Beleidigungen der Ehefrau oder näherer Verwandter des Arbeitgebers können als eine Ehrenkränkung gegenüber dem Arbeitgeber selbst angesehen werden (GKG 10, 184 vgl. auch § 123 Abs. 1 Ziff. 5 RGO).

Als Entlassungsgrund sind erwähnt, „erhebliche Ehrverletzungen gegenüber dem Arbeitgeber oder dessen Vertreter." Das Urteil des RG vom 18. 2. 1881, das nur den gesetzlichen Vertreter hierunter fallen läßt, trägt weder dem Sinn dieser Gesetzesvorschriften noch auch den praktischen Lebensbedürfnissen Rechnung. Vielmehr ist auch der durch Rechtsgeschäft bestellte Vertreter, der kraft der ihm vom Arbeitgeber eingeräumten Stellung dem Arbeitnehmer Weisungen zu erteilen berechtigt ist (Titze S. 729), als Vertreter im Sinne der speziellen Normen im HGB und in der RGO anzusehen. Ebenfalls kommen die dem Arbeitnehmer vorgesetzten Betriebsbeamten in Betracht, denn diese verkörpern ja einen Teil der Autorität des Arbeitgebers.[101]) Ob Vorarbeiter in diesem Sinn als Vertreter des Arbeitgebers zu erachten sind, ist nach der Judikatur zweifelhaft.[102])

---

[99]) Vgl. GG. Köln in „Arbeitsrecht" 1925, 743. a.M.: Arbeitsgericht Kiel in Dtsch. Arbeitsgeb. Ztg. v. 19. 4. 25.

[100]) Vgl. Baum, Werkmeisterrecht und GKG 11 Seite 53.

[101]) Vgl. Landmann RGO § 123 Anm. 8; Rohrscheidt RGO § 123 Anm. 8; Staub-Koenige HGB § 72.

[102]) Vgl. LG Göttingen in „Die Gewerkschaftszeitung" 1925 S. 60.

Es kann natürlich nicht jedes Schimpfwort, das dem Arbeitnehmer in der Erregung entfährt, genügen, um die einschneidenden Folgen einer fristlosen Entlassung auszulösen. Es muß sich vielmehr um eine erhebliche Ehrverletzung, um eine grobe, schwere Beleidigung handeln, die in dem Bewußtsein geäussert wird, den Arbeitgeber oder dessen Vertreter zu kränken. Eine Ausnahme findet sich lediglich im § 133c Abs. 1 Ziff. 5 RGO, wo eine jede Ehrverletzung dem Gesetzestext nach zur Entlassung genügt. Aber in den meisten Fällen wird auch hier noch nicht die kleinste Respektverletzung die Entlassung begründen. Bei der Beurteilung, ob eine Beleidigung erheblich ist, kommt es natürlich auf dem konkreten Fall an. Allgemeine Richtlinien kann etwa der im Betrieb übliche Ton in der Unterhaltung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgeben, dann die Stellung, in der sich der Beleidigende befindet, ferner dessen Bildung, sein etwaiger Erregungszustand und das Fehlen einer Beleidigungsabsicht. An und für sich beleidigende Aeußerungen, die in Zeiten heftiger Lohnkämpfe fallen, können nicht auf die Goldwage gelegt werden (OLG Karlsruhe in Schl. Wesen 1927, 110 ff.). Eine ehrverletzende Aeußerung wird die Eigenschafft der Kränkung vor allem dann verlieren, wenn sie im Privatgespräch unter den Angestellten fällt und von den Beteiligten davon ausgegangen wird, daß die Aeußerung nicht zu dem Ohren des Prinzipals gelangen kann.

Auch erhebliche Verletzungen der Ehrerbietung, der Höflichkeit und des Anstandes können zur fristlosen Entlassung berechtigen (ROLG 6 S. 198). Das Weglassen von Titeln und Höflichkeitsformeln in einem Entschuldigungsbrief an den Vorgesetzten dürfte nicht als Mißachtung anzusehen sein. (Vgl. OLG Dresden in „Arbeitsrecht" 1927 S. 831 Nr. 720). Unter den Begriff der erheblichen Ehrverletzungen fallen auch Verdächtigungen des Arbeitgebers, ebenso grundlose Strafanzeigen gegen diesen (RG Recht Nr. 732). Der durch keine stichhaltigen Unterlagen begründete Vorwurf, daß im Betriebe des Arbeitgebers „Vetternwirtschaft" getrieben werde, stellt eine zur Entlassung berechtigende Ehrenkränkung des Arbeitgebers dar (RAG in Rspr. Arbs. 1928 Nr. 216).

Selbstverständlich sind auch Verleumdungen des Arbeitgebers in diesem Rahmen zu erwähnen (Vgl. AE Berlin I Nr. 384). Häufig wird von Seiten des Arbeitgebers die Entlassung auf solche Beleidigungen gestützt, die bei einem gegenseitigen Wortwechsel zwischen den Vertragsparteien gefallen sind. Hier wird vor allen Dingen zu berücksichtigen

sein, daß der Arbeitnehmer als Untergebener seinem Vorgesetzten eine bestimmte Achtung entgegenzubringen hat; letzterer soll sich von einem gewissen Wohlwollen für den Arbeitnehmer leiten lassen. Natürlich ist immer zu Gunsten des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, wenn er etwa vom Arbeitgeber, dessen Vertreter oder Familienangehörigen zu der beleidigenden Aeußerung gereizt worden ist.[103])

Handelt der Arbeitnehmer in Wahrnehmung berechtigter Interessen, werden z. B. in einer Betriebsversammlung zum Schutze berechtigter Interessen der Belegschaft Tatsachen erörtert, die der Wahrheit entsprechen, so werden diese nicht als Beleidigungen des Vorgesetzten anzusehen sein, sofern nicht die Form der Erörterung beleidigend ist. Das Reichsgericht nimmt in dieser Frage einen anderen Standpunkt ein; nach ihm hat der Arbeitsrichter seine Entscheidung über die Entlassung eines Ehrenkränkers nicht nach strafrechtlichen, sondern nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten zu fällen.[104])

Der Natur des Arbeitsverhältnisses gewerblicher Arbeiter entspricht vor allem die Bestimmung im § 123 Abs. 1 Ziff. 6 RGO, wonach eine Entlassung erfolgen kann, „wenn sie einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Sachbeschädigung zum Nachteil des Arbeitgebers oder eines Mitarbeiters sich schuldig machen." Hier wird im wesentlichen die Strafbestimmung des § 303 RSTGB widergegeben; fahrlässiges Handeln des Arbeiters scheidet demnach aus. Erforderlich ist auch, daß der Arbeiter bei der Sachbeschädigung sich der Rechtswidrigkeit seiner Handlung bewußt ist.[105]) Eine Sachbeschädigung zum Nachteil eines Dritten gibt keinen Entlassungsgrund nach § 123 Abs. 1 Ziffer 6 RGO ab.

Untreue:

Wird von seiten des Arbeitnehmers das zwischen ihm und dem Arbeitgeber bestehende Vertrauensverhältnis in erheblichem Maße mißbraucht, so kann man dem Letzteren ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zumuten und muß ihm einen Grund zur fristlosen Entlassung einräumen. Dies hat der Gesetzgeber auch getan durch die Bestimmung des § 123 Abs. 1 Ziffer 7 RGO, wonach

---

[103]) Vgl. Hueck Seite 65; Landmann RGO § 123 Anm. 8; Billerbeck Seite 35.

[104]) Vgl. RG vom 29. 6. 26 in „Arbeitsgericht" 32 Spalt 191.

[105]) Vgl. Hueck Seite 66; Rohrscheidt RGO § 123 Anm. 10.

„gewerbliche Arbeiter entlassen werden können, wenn sie Familienangehörige des Arbeitgebers oder seiner Vertreter oder Mitarbeiter zu Handlungen verleiten oder zu verleiten suchen oder mit Familienangehörigen des Arbeitgebers oder seiner Vertreter Handlungen begehen, welche wider das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen."

Aehnlich sind die Bestimmungen für die gewerblichen Angestellten und Handlungsgehilfen. Diese können entlassen werden, „wenn sie im Dienste untreu sind oder das Vertrauen mißbrauchen"; bei den Handlungsgehilfen kommt dann noch der Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot in § 60 HGB in Frage. (Siehe § 133c Abs. 1 Ziff. 2 RGO und § 72 Abs. 1 Ziff. 1 HGB). Selbstverständlich ist in diesen Fällen auch immer ein w. G. im Sinne der allgemeinen Entlassungsklauseln (§ 626 BGB) gegeben.

Der Begriff der „Untreue" ist in diesen Fällen nicht im strafrechtlichen Sinn zu fassen; es braucht überhaupt keine strafbare Handlung im einzelnen Fall vorzuliegen.[106]) Es braucht auch durch das Verhalten des Arbeitnehmers kein besonderer Schaden entstanden sein, sondern der innere Grund für diese Bestimmungen ist die Erschütterung des Vertrauens, die Verletzung des den Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindenden Vertrauensverhältnisses durch Außerachtlassung und Gefährdung der geschäftlichen Interessen (JW 1909, 113.). Unter Untreue und Vertrauensmißbrauch fallen alle die Fälle, in denen der Arbeitnehmer etwa in eigennütziger oder in schädigender Absicht den geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers zuwider handelt (Staub-Koenige § 72 Anm. 2). Die Vielseitigkeit der geschäftlichen Beziehungen im allgemeinen gewährt natürlich dem Arbeitnehmer eine ganze Anzahl von Möglichkeiten, in der eben bezeichneten Weise sich gegen die geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers zu vergehen. Unter Vertrauensmißbrauch ist die Erschütterung des Vertrauens des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer zu verstehen. Dabei sind die gesamten Verhältnisse im Betriebe zu berücksichtigen, besonders die Fälle, wo der Arbeitnehmer einen bevorzugten Vertrauensposten einnimmt.

Bei der Untreue dagegen handelt es sich um eine Verletzung der jedem Dienstverhältnisse innewohnenden Treuepflicht, die bei den in höherer Stellung befindlichen Angestellten größer ist wie bei den Arbeitern. Diese Pflicht, die vornehmlich darin besteht, alles zu unterlassen, was den Geschäftsbetrieb schädigen könnte, wird z. B. dann verletzt,

---

[106]) Vgl. Hueck Seite 71; Landmann RGO § 133c Anm. 3.

wenn der Arbeitnehmer im Auftrage des Geschäftsherrn einen Auftrag an einen Lieferanten zu einem höheren Kaufpreis unter Entgegennahme von Vorteilen vergibt, oder Aufträge, die für den Arbeitgeber bestimmt sind, zurückhält, um sie auf eigene Rechnung auszuführen.

Als Vertrauensmißbrauch ist vor allem der Verrat von Geschäftsgeheimnissen anzusehen, dann auch das Anfertigen von Abschriften und Mitnahme als geheim bezeichneter Rezepte, falsches Angeben von Krankheiten bei Dienstversäumnissen, schließlich auch das Verschweigen eines Zahlungseinganges (Zu letzterem vgl. RAG in Arb. Prax. 1928 Seite 250). Macht der Polier in einem Baugeschäft absichtlich falsche Eintragungen in Lohnlisten zugunsten seiner Arbeitskameraden, so stellt dieses Verhalten ebenfalls einen groben Vertrauensbruch und damit einen Entlassungsgrund dar.[107])

Auch das Aufhetzen gegen den Arbeitgeber fällt unter den Begriff der Untreue; allerdings werden vertrauliche Unterhaltungen zwischen Mitangestellten, auch wenn sie den Unwillen über Zustände im Geschäft ausdrücken, keinen wichtigen Grund abgeben. Anders ist es, wenn damit eine direkte Aufhetzung bewirkt wird oder die Aeußerungen vor jugendlichen Angestellten erfolgen, um den Arbeitgeber herabzusetzen. Auch das Androhen einer Anzeige gegenüber dem Arbeitgeber, lediglich um Gehaltserhöhungen zu erreichen, ist geeignet, das gegenseitige Vertrauensverhältnis zu zerstören. Ferner ist als Vertrauensmißbrauch auch unredliches Verhalten des Arbeitnehmers zu beurteilen, der in einem Ladengeschäft regelmäßig die Kunden im Gewicht benachteiligt, denn dadurch wird der Geschäftsinhaber zweifellos schwer geschädigt.

Das HGB bezeichnet auch die Ueberschreitung der in § 60 HGB vorgesehenen Wettbewerbsbestimmung als Entlassungsgrund. Dazu ist vor allem zu sagen, daß schon ein besonders bösartiges Verhalten auf Seiten des Handlungsgehilfen notwendig ist, um die Entlassung zu rechtfertigen.[108]) Die Verletzung dieser Bestimmung läßt eine andere Beurteilung zu, wenn sie vom Prinzipal, wenngleich unbewußt veranlaßt, oder nur geringfügig, bezw. dem Gehilfen als rechtswidrig nicht erkennbar ist (ROLG 9, 249). Vorbereitende Maßnahmen, etwa Mieten eines Geschäftslokales usw. für das Selbständigmachen können dem Angestellten auch während des

[107]) In diesem Sinne RAG v. 12. 12. 28 in Arb. Prax. 1929 Seite 45.

[108]) Vgl. Horrwitz S. 137.

Dienstverhältnisses nicht verwehrt werden. Dagegen geben weitergehende Vorbereitungshandlungen wohl einen Entlassungsgrund ab, z. B. das Werben von Kunden, besonders wenn diese bis dahin mit dem bisherigen Prinzipal in geschäftlichen Beziehungen standen. Denn durch dieses Hinüberziehen der Kunden kann der Handlungsgehilfe naturgemäß bei genauer Kenntnis der ganzen geschäftlichen Verhältnisse seinem Prinzipal einen großen Schaden zufügen.

Vorkommnisse aus dem Privatleben des Arbeitnehmers:

Es wurde schon früher angedeutet, daß auch gewisse, das Privatleben berührende Vorkommnisse einen Grund zur fristlosen Entlassung abgeben können. Allerdings ist Voraussetzung dazu, daß auch die Beziehungen zum Geschäft dadurch berührt werden. Deshalb wird man einem Handlungsgehilfen wegen eines lediglich freundschaftlichen oder gesellschaftlichen Verkehrs mit einem entlassenen Angestellten des Geschäftes oder mit dem Inhaber einer Konkurrenzfirma oder deren Angestellten nicht fristlos kündigen können, soweit dabei nicht das geschäftliche Interesse eine Rolle spielt (Vgl. Staub-Koenige § 70).

Als w. G. im Sinne der allgemeinen Entlassungsklauseln kann weiterhin die Verschuldung eines Angestellten oder der Konkurs über dessen Vermögen in Betracht kommen, insbesondere dann, wenn dadurch der Arbeitnehmer zu schweren Vernachlässigungen seiner Dienstpflicht oder sogar zu ehrenrührigen Handlungen verleitet wird.[109])

C. Entlassung im Arbeitssonderrecht.

§ 14.

Fristlose Entlassung im Recht der Betriebsvertretungen und Schwerbeschädigten.

Wird durch das Arbeitsgericht die Entlassung eines gewöhnlichen Arbeitnehmers als ungerechtfertigt erklärt, so ist in der Regel die sofortige Kündigung umzudeuten in eine befristete Kündigung bis zum nächst zulässigen Kündigungstermin und das Arbeitsverhältnis besteht bis zu diesem Zeitpunkt unter den Parteien fort. Anders ist es aber, wenn ein Prozeß auf Grund des § 96 Absatz 2 BRG zugunsten eines

[109]) Vgl. auch ROLG 14, 344 und RAG v. 13. 6. 28 in NAK.

Betriebsvertretungsmitgliedes endet. Hier ist die Folge, daß das Dienstverhältnis des Betriebsratsmitgliedes nun auf unbestimmte Zeit hin weiter läuft, daß also die beiderseitigen Ansprüche in voller Höhe bestehen bleiben, zeitlich nur etwa durch die Dauer des betreffenden Arbeitsvertrages (durch Parteivereinbarung) begrenzt. Denn hier kommt eine Umdeutung in eine befristete Kündigung deshalb nicht in Frage, weil zu dieser ja die Zustimmung des Betriebsrates, bezw. ersatzweise die des Arbeitsgerichtes notwendig ist, der Arbeitgeber aber eine solche nicht eingeholt hat (§§ 96 Abs. 1, 97 BRG). Somit wäre die Bestimmung des § 96 Absatz 4 BRG, wonach im Falle der durch rechtskräftiges gerichtliches Urteil für ungerechtfertigt erklärten fristlosen Kündigung, diese als vom Arbeitgeber zurückgenommen gilt, an sich gar nicht notwendig, da ja das Dienstverhältnis des Betriebsvertretungsmitgliedes aus den eben dargelegten Gründen sowieso fortdauert. (Vgl. Flatow 12. Aufl. § 96 Anm. 12).

Zunächst soll nun die Situation näher erörtert werden, die sich ergibt, wenn ein Betriebsratsmitglied zu Unrecht entlassen worden ist, mit anderen Worten die Frage der Rückkehr der zu Unrecht entlassenen Betriebsvertretungsmitglieder. Wird im Urteil des Arbeitsgerichtes die Entlassung für ungerechtfertigt erklärt, dann liegt wiederum der Fall des § 615 BGB vor. Es handelt sich wieder um Annahmeverzug des Arbeitgebers seit dem Zeitpunkt der Entlassungserklärung und dieser ist für diese Zeit zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, auch wenn tatsächlich der Entlassene von der Entlassung an keinerlei Dienste mehr geleistet hat. Allerdings muß der Arbeitnehmer sich auch dann den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er zu erwerben unterlassen hat. Es ist nun ganz natürlich, daß bei der Ungewißheit über den Ausgang eines Prozesses das Betriebsratsmitglied sich nach der Entlassung sofort bemühen wird, eine neue Stellung bei einem neuen Arbeitgeber zu finden, um auf jeden Fall gesichert zu sein. Zudem hat auch der alte Arbeitgeber durch die Bestimmung des § 615 BGB ein Recht, zu verlangen, daß der Entlassene alles tut, um seine Arbeitskraft eventuell auf einem neuen Posten zu verwerten und auf diese Weise den dem früheren Arbeitgeber durch den Annahmeverzug entstehenden Schaden soweit als möglich herabzumindern.

Geht nun in einem solchen Fall der Prozeß vor dem Arbeitsgericht für das Betriebsvertretungsmitglied günstig aus, so befindet sich dieses in der seltenen Lage, gleichzeitig aus 2 Dienstverträgen verpflichtet zu sein, zunächst aus dem alten,

nun ohne weiteres fortlaufenden Arbeitsvertrag, und auch aus dem neuen, nach der fristlosen Entlassung abgeschlossenen Dienstvertrag. Es ist natürlich unmöglich, gleichzeitig diese beiden Verpflichtungen zu erfüllen und der betreffende Arbeitnehmer ist vor die Wahl gestellt, in welchem Dienstvertrag er für die Zukunft bleiben will. Hat er die Absicht, nicht mehr zu seinem alten Arbeitgeber zurückzukehren, so gestaltet sich die Situation ganz einfach nach den Bestimmungen des § 96 Abs. 4 BRG im Zusammenhang mit § 89 BRG. Macht er von dem ihm darnach zustehenden Weigerungsrecht Gebrauch, so ist ihm Lohn oder Gehalt nur für die Zeit bis zum Tage der Urteilsfällung zu bezahlen. Allerdings muß er sich auch in diesem Fall etwaigen anderweitigen Verdienst anrechnen lassen.

Erhebliche Schwierigkeiten erwachsen aber, wenn das Betriebsratsmitglied in seinen alten Betrieb zurückzukehren wünscht. Für diesen Fall hat das Betriebsrätegesetz keinerlei Regelung getroffen. Mansfeld (BRG § 96 Anm. 5 a. E.) und Flatow (BRG § 96 Anm. 13) wollen diese Schwierigkeiten dadurch beseitigen, daß sie dem Betriebsvertretungsmitglied in den Fällen, wo das Vertragsverhältnis allgemein aus w. G. gelöst werden kann, ein Recht zur fristlosen Kündigung des neuen Arbeitsvertrages zugestehen. Mansfeld begründet seine Ansicht damit, daß sich diese Auffassung zwar nicht unmittelbar auf das Gesetz stütze, aber wohl selbstverständlich sei, da man es sonst einem fristlos Entlassenen auf keinen Fall zumuten könne, sich nach einem neuen Arbeitsplatz während der Ungewißheit über den Ausgang des Prozesses umzusehen. Flatow, der zu demselben Resultat kommt, stützt dieses auf die Tendenz des § 96 BRG, dessen Schutzbestimmungen für das Betriebsratsmitglied andernfalls vereitelt würden.

Der von Mansfeld und Flatow vorgeschlagenen Lösung stellen sich aber in allen den Fällen, wo es sich um gewerbliche Arbeiter handelt, Hindernisse entgegen. Denn deren Recht zur fristlosen Aufkündigung des neuen Arbeitsverhältnisses ist im § 124 RGO erschöpfend geregelt und der hier vorliegende Grund ist dort nicht berücksichtigt. Allerdings handelt es sich in diesen Fällen auch meistens um Dienstverhältnisse mit Kündigungsausschluß oder sehr kurzen Kündigungsfristen und demzufolge wird hier, um die Aufhebung des neuen Arbeitsvertrages zu erreichen, gar nicht der Weg der fristlosen Kündigung von seiten des Arbeitnehmers beschritten werden müssen.

Anders ist es aber dann, wenn im neuen Arbeitsverhältnis längere gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfristen bestehen. Flatow gelangt zu seinem Ergebnis aus der Befürchtung heraus, daß der alte Arbeitgeber nun etwa wegen Nichtantritts des Dienstes fristlos kündigt, wenn das Betriebsratsmitglied noch durch den neuen Arbeitsvertrag gebunden ist. Die hiefür in Betracht kommenden Bestimungen sind § 123 Ziff. 8, § 133c Ziffer 4 RGO, § 72 Abs. 1 Ziffer 3 HGB und schließlich auch § 626 BGB. Es wurde schon früher erwähnt, daß auch soweit die ersten drei speziellen Entlassungsnormen für den Fall der Arbeitsverhinderung in Betracht kommen, doch der Richter die Begleitumstände ebenfalls von sich aus zu berücksichtigen hat, und diese freiere Beurteilungsmöglichkeit des Richters ist ja im Falle des § 626, wo die Frage der Zumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses im Vordergrund steht, an sich vorhanden.

Bedenkt man nun, daß die hier geschilderte Sachlage in jedem Falle eine ungerechtfertigte, d. h. vom Gesetze nicht gebilligte Entlassung von seiten des alten Arbeitgebers zur Grundlage hat, so „läßt diese Tatsache es als mit der Billigkeit und Verneinung der Frage der Nichtzumutbarkeit als durchaus vereinbar erschienen, daß dem alten Arbeitgeber, der durch sein Verhalten erst die schwierige Situation geschaffen hat, nunmehr zugemutet wird, dem Arbeitnehmer einen gewissen Spielraum für die Wiederaufnahme der Tätigkeit bei ihm zu gewähren, soweit sich der unmittelbaren Wiederaufnahme Schwierigkeiten infolge der Eingehung des neuen Dienstverhältnisses entgegensetzen.“[110])

Dieser Spielraum findet naturgemäß seine Einschränkung in den gesetzlichen Kündigungsfristen des neuen Arbeitsvertrages. Im Anschluß an die Forderung Kargers wird man von dem Arbeitnehmer verlangen müssen, daß dieser sofort nach Kenntnis des für ihn günstigen Ausganges der Entlassungsstreitigkeiten seinem neuen Arbeitgeber zum nächsten Termin kündigt und daß er sich bei Eingehung des neuen Dienstverhältnisses nicht durch ungewöhnlich lange Kündigungsfristen bindet. Selbstverständlich hat der Arbeitnehmer auch dem alten Arbeitgeber von seiner ordnungsgemäßen Kündigung des neuen Dienstvertrages Mitteilung zu machen, damit dieser weiß, welche Anordnungen er innerhalb seines Geschäftsbetriebes zu treffen hat und eventuell nun seinerseits der

[110]) Siehe Karger in NZfAR 1928 Seite 19 ff.

an Stelle des Betriebsvertretungsmitgliedes angestellten Ersatzkraft ordnungsgemäß kündigen kann.

Auf jeden Fall sind durch diese Lösung die Interessen des neuen Arbeitgebers besser gewahrt wie durch die Lösungen Mansfeld's und Flatow's. Es ist auf jeden Fall besser, dem alten Arbeitgeber eine gewisse Wartezeit bis zum Ablauf der Kündigungsfrist des neuen Arbeitsverhältnisses aufzuerlegen, als dem neuen durchaus unbeteiligten Arbeitgeber gegenüber das Mittel der fristlosen Kündigung von seiten des Arbeitnehmers in Anwendung kommen zu lassen.

Eine sehr interessante Frage im Bereich des Entlassungs- und auch des Betriebsräterechtes ist die, inwieweit Amtspflichtverletzungen des Betriebsvertretungsmitgliedes die fristlose Entlassung rechtfertigen. Das BRG bestimmt im § 39, daß das Arbeitsgericht das Erlöschen der Mitgliedschaft eines Betriebsvertretungsmitgliedes beschließen kann, wenn bei diesem gröbliche Verletzung der Amtspflicht vorliegt.

Es ist klar, daß gewöhnliche Amtspflichtverletzungen keine Entlassung des betreffenden Betriebsratsmitgliedes begründen können, denn die schwerwiegende Folge einer Entlassung kann unmöglich dann eintreten, wenn man nicht einmal die Absetzung des betreffenden Betriebsratsmitgliedes unter Belassung im Betriebe erreichen kann. Aber auch in den Fällen, wo die Pflichtverletzung eine „gröbliche" im Sinne des § 39 BRG ist, wird man doch unter Berücksichtigung der Schutzbestimmung des § 96 BRG einen ganz besonders strengen Maßstab bei der Prüfung der Frage anzulegen haben, ob tatsächlich ein w. G. zur Entlassung vorliegt und nur in ganz besonders kraß gelagerten Fällen ein Recht zur fristlosen Entlassung zugestehen können.[111])

Das Mitglied einer Betriebsvertretung, das für jede Handlungsweise, die sich späterhin als Amtspflichtverletzung darstellt, eine fristlose Entlassung zu gewärtigen hätte, würde in ganz unzulässiger Weise in der Ausübung seiner Betriebsvertretung beschränkt. Zudem ist nach der ganzen Tendenz unserer modernen Betriebsverfassung, wie sie im Betriebsrätegesetz gesetzgeberisch in Erscheinung tritt, das Amt des Betriebsrates als öffentlich-rechtliche Befugnis und Verpflichtung aufzufassen, die auf keinen Fall in den Rahmen des privaten Arbeitsvertrages fällt, sondern lediglich einen solchen als bestehend voraussetzt. Diese öffentlich-rechtliche Funktion des

---

[111]) Vgl. Flatow BRG § 96 Anm. 11a; LG Dresden in NZfAR 1926, 50.

Betriebsratsmitgliedes ist scharf zu scheiden von seiner Tätigkeit als Arbeitnehmer. Gerade in der Ausübung dieser Funktion würde aber das Betriebsratsmitglied gehemmt werden, wenn es befürchten müßte, wegen dieser von der Arbeitsleistung gänzlich verschiedenen Tätigkeit sich dem Arbeitgeber gegenüber auf Grund des Arbeitsvertrages verantworten zu müssen. Denn dafür ist ja die Absetzungsmöglichkeit nach § 39 BRG geschaffen worden. Bestimmungen des Entlassungsrechtes können höchstens dann eingreifen, wenn man dem Arbeitgeber nicht einmal das Abwarten des arbeitsgerichtlichen Absetzungsverfahrens zumuten kann.[112])

Ganz anderer Ansicht in dieser Frage ist das RG (RGZ 114, 174), wonach eine Amtsverletzung zugleich eine Verletzung der vertraglichen Dienstpflichten enthalten kann und daher der Arbeitgeber gegenüber einem in der Betriebsratsitzung sich der Ehrenverletzung schuldig machenden Betriebsratsmitglied dann die Wahl zwischen dem Antrag zum Arbeitsgericht gemäß § 39 BRG und der fristlosen Entlassung nach § 133c Abs. 1 Ziff. 5 RGO hat.

Aus der Stellung der Betriebsvertretungsmitglieder ergibt sich, daß gerade für deren Aeußerungen, soweit sie etwa die Ehre des Arbeitgebers verletzen, die Frage der Wahrnehmung berechtigter Interessen eine wesentliche Rolle spielt. Auch bezüglich der Betriebsvertreter hat das RG (RGZ 114, 174) in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre entschieden, daß der Arbeitsrichter nach zivilrechtlichen und nicht nach strafrechtlichen Gesichtspunkten zu urteilen hat. Allerdings wird man annehmen müssen, daß in den Fällen, wo überhaupt § 193 RStGB in Frage kommt — und dies wird bei Aeußerungen von Betriebsratsmitgliedern oft der Fall sein — einer Beleidigung der Charakter der Erheblichkeit genommen wird und damit auch kein w. G. vorliegt.

Häufig kommt bei Entlassung von Betriebsratsmitgliedern die Frage zur Sprache, inwieweit diese auf Grund ihrer besonderen Aufgaben zur Verweigerung der ihnen aus dem Arbeitsvertrag erwachsenden Pflichten berechtigt sind. Hier ist zu sagen, daß der gute Glaube des Betriebsvertretungsmitgliedes an seine Amtspflichten das „unbefugte Verlassen des Dienstes" ausschließt, wenn nicht ganz besondere Umstände den guten Glauben nach dieser Richtung hin unmöglich machen.[113]) Ein Betriebsratsmitglied wird dann fristlos entlassen werden kön-

[112]) Vgl. Sinzheimer in JW 1922, S. 1737 ff.
[113]) Flatow § 96 Anm. 11a nebst zitierten Entscheidungen.

nen, wenn es sich trotz Warnung beim Verlassen seines Arbeitsplatzes beim unmittelbaren Vorgesetzten nicht meldet. Darin ist wohl eine beharrliche Dienstverweigerung zu erblicken.

Bezüglich der Betriebsvertretungsmitglieder wie auch der Schwerbeschädigten ist innerhalb der letzten Jahre vielfach in der Praxis der unteren Gerichte, aber auch des Reichsarbeitsgerichtes die Frage zum lebhaft besprochenen Streitpunkt geworden, ob diese Sonderarbeitnehmer-Klassen unter die im § 124a RGO bezeichneten Arbeitnehmer fallen, nachdem ihnen doch auch durch das Gesetz ein besonderer Kündigungsschutz zuteil geworden ist (§ 96 BRG; § 13 SBG). Würde diese Frage im bejahenden Sinn gelöst werden, so würden die zu den Betriebsratsmitgliedern und Schwerbeschädigten gehörenden gewerblichen Arbeiter, für deren Entlassung an sich nur die Bestimmungen des § 123 RGO gelten, der erweiterten Kündigungsmöglichkeit aus § 124a RGO unterliegen und aus jedem wichtigen Grund entlassen werden können.

Die Stellung der Literatur und Rechtssprechung zu dieser Frage ist ziemlich verschieden. Das LG Dortmund (JW 1922, 1737) und LAG Bremen (Sammlg. arbeitsrechtlicher Entscheidungen 28/86) halten § 124a RGO bei gewerblichen Arbeitern, die zu den Betriebsratsmitgliedern oder Schwerbeschädigten gehören, für anwendbar. Das LG Dortmund führt im einzelnen aus, bei der Fassung des § 124a RGO sei zu berücksichtigen, daß zu der Zeit, als diese Bestimmung in die Gewerbeordnung aufgenommen wurde, ein gesetzlicher Kündigungsschutz, wie er jetzt für Betriebsratsmitglieder und Schwerbeschädigte bestehe, nicht bekannt gewesen sei. Nach dem ganzen Sinn und Zweck des § 124a RGO sei die Bestimmung auch auf Schwerbeschädigte und Betriebsratsmitglieder, weil diese kraft Gesetzes einen besonderen Kündigungsschutz genießen, „entsprechend" anwendbar. Die Bestimmung gewähre zum Ausgleich für eine im regelmäßigen Ablauf erschwerte Lösungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses einen Schutz des Kündigenden, sei es des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers.

Dem gegenüber ist einzuwenden, daß eine derart extensive Auslegung des § 124a RGO, soweit es sich um Betriebsratsmitglieder handelt, weder geboten noch auch im Sinn und Zweck des Gesetzes liegend erscheint. Zunächst handelt es sich bei § 124a RGO um eine „vereinbarte" längere Kündigungsfrist oder Vertragsdauer. Die Möglichkeit der Lösung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist bei Be-

triebsratsmitgliedern weder ausgeschlossen noch ist die Kündigung von einer längeren Frist abhängig. Das Kündigungsrecht des Arbeitgebers ist aber eingeschränkt, indem es, soweit nicht die Fälle des § 123 RGO in Betracht kommen, von der Zustimmung des Betriebsrates abhängig gemacht ist. In Uebereinstimmig mit dem RAG erscheint es keinesfalls angängig, für diese Einschränkung des Kündigungsrechtes dem Arbeitgeber die erweiterte Möglichkeit zur fristlosen Lösung des Arbeitsverhältnisses aus jedem w. G. nach § 124a RGO zu geben.[114]) Das unter die gewerblichen Arbeiter fallende Betriebsratsmitglied, das vom Gesetz besonders geschützt ist, würde ja hinsichtlich der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses schlechter gestellt sein, als jeder einem Betriebsrat nicht angehörende gewerbliche Arbeiter. Der Arbeitgeber würde es vielfach mit der fristlosen Entlassung versuchen und der verstärkte Kündigungsschutz, den der Gesetzgeber beabsichtigt hat, würde sich gerade ins Gegenteil verkehren. Wenn auch das Betriebsrätegesetz noch nicht bestand, als die Bestimmung des § 124a RGO geschaffen wurde, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß sie wegen der Aehnlichkeit des ihr zu Grunde liegenden Rechtsgedankens mit Rücksicht auf die längere Dauer des Arbeitsverhältnisses der Betriebsratsmitglieder auch auf diese anzuwenden ist. [115])

Bei der Entlassung Schwerbeschädigter ist vor allen Dingen auf deren krankhafte Reizbarkeit Rücksicht zu nehmen. Wird z. B. der Schwerbeschädigte durch Bezweiflung seiner Krankheit gereizt und läßt er sich deshalb zu einer Beleidigung gegenüber dem Arbeitgeber hinreißen, so erscheint sein Verhalten in einem milderen Lichte als bei einem gesunden Arbeitnehmer. Auch Tätlichkeiten gegen Mitangestellte und Drohungen gegen den Arbeitgeber können hier die Entlassung nicht begründen, wenn sie aus krankhafter Reizbarkeit zu erklären sind.

In Bezug auf die Frage, ob § 124a RGO auch auf Schwerbeschädigte Anwendung findet, die an sich nur aus den Gründen des § 123 RGO entlassen werden können, gehen

---

[114]) Vgl. RAG v. 26. 9. 28 in Arb. Prax. 29 Seite 12.

[115]) Vgl. RAG in Arb. Prax. 29 S. 48; LAG Mannheim in Bensh. Slg. Bd. I S. 314; LAG Hannover ebenda S. 278; LAG Darmstadt in Rechtspr. in Arbs. 1928, 419; Flatow BRG § 96 Anm. 11b; Erbel in Arb. Prax. 1928 S. 100; Nelson in Arb. Prax. 1928 S. 102; Hueck-Nipperdey a.a. O.; — a. M.: Reichsgerichtsrat Pick in NZfAR 1927, 725.

die Meinungen in Rechtsprechung und Literatur noch weit mehr auseinander, wie bei den Betriebsratsmitgliedern.

Das RAG vertritt die Meinung, daß Schwerbeschädigte aus jedem w. G. entlassen werden können (RAG v. 15. 2. 28 in Rechtspr. in Arbs. 1928 Nr. 14 und v. 11. 1. 28 Arb. Prax. 1928 Seite 61.). Es begründet diese Ansicht vor allem mit der Bestimmung des § 13 Absatz 3 SBG, wonach Schwerbeschädigten aus Anlaß eines Streiks oder einer Aussperrung fristlos gekündigt werden kann, und aus der allgemeinen Tendenz des § 124a RGO, den Arbeitgeber denjenigen Arbeitnehmern gegenüber, die einen längeren als 14tägigen Kündigungsschutz — in unserem Fall einen 4wöchentlichen gemäß § 13 Abs. 1 SBG — genießen, in Bezug auf die fristlose Kündigung besser zu stellen, als dies gegenüber denjenigen Arbeitern der Fall ist, die mit 14tägiger oder kürzerer Kündigungsfrist entlassen werden können.[116]) Dem gegenüber ist zunächst einzuwenden, daß das RAG sich mit seiner Ansicht über den Wortlaut des § 124a RGO hinwegsetzt. Wenn in einem Arbeitsverhältnis eine längere Kündigungsfrist als die des § 122 RGO vereinbart ist, so handelt es sich um Arbeiter, die besonders wichtige Vertrauensposten bekleiden. Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Gesetzgeber in § 124a RGO bewußt und gewollt von „vereinbart" spricht. Nach dem Schwerbeschädigtengesetz beruht die mindestens 4 wöchentliche Kündigungsfrist aber nicht auf Parteivereinbarung, sondern auf zwingenden gesetzlichen Vorschriften. Wenn Potthoff die Auffassung vertritt, daß die Unterscheidung zwischen vereinbarter und gesetzlicher Kündigungsfrist weder dogmatisch noch sachlich berechtigt sei, so ist ihm mit Anschluß an die Ausführungen Bachteler's (NZfAR 27, 210) entgegen zu halten, daß gerade deshalb, weil § 13 SBG zwangsweise für alle Schwerbeschädigten, ohne Rücksicht auf den Posten, den sie bekleiden, die Mindestkündigungsfrist auf 4 Wochen festsetzt, der gesetzliche Grund für die Vorschrift des § 124a RGO für den Schwerbeschädigten im allgemeinen nicht zutrifft.

Würde man den § 124a RGO in Anwendung bringen und damit die Schwerbeschädigten aus jedem w.G. fristlos entlassen können, so wären diese ebenfalls ungünstiger gestellt

---

[116]) Aehnlich auch Potthoff in NZfAR 1926, 521 ff; LG Duisburg v. 14. 10. 28 in Kartenauskunftei des Arbeitsrechtes: Karte, Entlassung Schwerbeschädigter; Molitor in NZfAR 1927, Sp. 529 ff; Hueck S. 133.

wie die sonstigen Arbeiter. Wenn auch das LG Duisburg in der Begründung seines Urteils vom 14. 10. 24 ausführt, daß eine Benachteiligung der Schwerbeschädigten hierin nicht zu erblicken sei und diese vielmehr nur den Arbeitern, deren Dienstverhältnis auf längere Zeit berechnet ist, auch hinsichtlich der Berechtigung zur fristlosen Aufhebung des Arbeitsvertrages gleichgestellt würden, so ist doch dieser Auffassung nicht beizutreten. Denn der Schwerbeschädigte, dessen Arbeitsverhältnis im allgemeinen nicht über das des gewöhnlichen gewerblichen Arbeiters hinausgeht, kann auch nur mit diesem verglichen werden und nicht mit einem Arbeiter, der auf Grund seiner Vertrauensstellung und seiner hochqualifizierten Arbeiten durch vertragliche Vereinbarungen längere Kündigungsfristen eingeräumt erhalten hat. Somit würde die Anwendung des § 124a RGO auf die Schwerbeschädigten letzten Endes nur zu einer Benachteiligung dieser Gruppe von Arbeitnehmern führen, und der Schutz, mit dem sie der Gesetzgeber durch die Bestimmungen des Schwerbeschädigtengesetzes ausgestattet hat, gerade in das Gegenteil verkehrt werden.[117])

---

[117]) In diesem Sinne auch: LAG Berlin in Rechtspr. in Arbs. 1926 Nr. 8; LG Aachen in GKG 31, 372; LG Mainz in GKG 31, 563; Flatow BRG § 96 Anm. 11b; Weigert in Kartenauskunftei des Arbeitsrechtes, Karte: Schwerbeschädigte — Entlassung; Weinberg in NZfAR 1927 Seite 280 und dort angeführte Literatur.